

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**La colaboración público-privada para la provisión de autopistas,
carreteras y puentes**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA

PRESENTADA POR

Vanessa Danette Bonano-Rodríguez

DIRECTOR

Juan de la Cruz Ferrer

Madrid, 2017

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA PARA LA
PROVISIÓN DE AUTOPISTAS, CARRETERAS Y
PUENTES**

Tesis presentada para colación del Grado de Doctor

Presentada por:

Vanessa Danette Bonano-Rodríguez

Director:

Profesor Doctor Juan de la Cruz Ferrer

Madrid, 2015

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



**LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA PARA LA PROVISIÓN DE
AUTOPISTAS, CARRETERAS Y PUENTES**

TESIS DOCTORAL ELABORADA POR VANESSA DANETTE BONANO-
RODRÍGUEZ PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE DOCTOR BAJO
LA DIRECCIÓN DEL DR. JUAN DE LA CRUZ FERRER, PROFESOR
TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA UNIVERSIDAD
COMPLUTENSE DE MADRID

Madrid, 2015

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN.....	13
CAPÍTULO PRIMERO.- PRESENTACIÓN Y CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DE LOS CONTRATOS CPP.....	19
CAPÍTULO SEGUNDO.- FUNDAMENTOS, MOTIVOS Y CIRCUNSTANCIAS DEL RECURSO A LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.....	33
CAPÍTULO TERCERO.- LA PERSPECTIVA DE LA CPP DESDE LA REGULACIÓN ECONÓMICA.....	65
CAPÍTULO CUARTO.- LA REGULACIÓN DEL TRANSPORTE TERRESTRE	93
CAPÍTULO QUINTO.- NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIA DE COLABORACIONES PÚBLICO-PRIVADAS	153
CAPÍTULO SEXTO.- CPP EN EL MARCO DE LAS INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE	191
CAPÍTULO SÉPTIMO.- LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL DERECHO ESPAÑOL	231
CAPÍTULO OCTAVO.- LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL DERECHO PUERTORRIQUEÑO	271
CONCLUSIONES.....	333
BIBLIOGRAFÍA	339
RESUMEN	357
ABSTRACT	359

ÍNDICE DE CONTENIDOS

ÍNDICE GENERAL.....	1
INTRODUCCIÓN.....	13
Planteamiento general.....	13
El objetivo del trabajo.....	15
El estado de la cuestión	16
Estructura del trabajo y metodología.....	17
CAPÍTULO PRIMERO.- PRESENTACIÓN Y CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DE LOS CONTRATOS CPP.....	19
1. <i>Public-Private Partnerships (PPP)</i>	19
2. Clasificación contractual	21
3. Características Esenciales: el carácter relacional y la teoría del riesgo.....	23
A. Carácter Relacional.....	23
B. La Teoría del Riesgo.....	26
CAPÍTULO SEGUNDO.- FUNDAMENTOS, MOTIVOS Y CIRCUNSTANCIAS DEL RECURSO A LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.....	33
1. Origen de la Colaboración Público-Privada	33
2. Ciclo privatización-nacionalización	36
A. Perspectiva general	36
B. Etapas del ciclo privatización-nacionalización.....	40
3. El modelo británico: la <i>Private Finance Initiative</i>	43

A. Contexto General	43
B. Criterios de aplicación	46
C. Los distintos tipos de transacciones	48
4. El concepto en la doctrina anglosajona	50
5. CPP en la actualidad	59
CAPÍTULO TERCERO.- LA PERSPECTIVA DE LA CPP DESDE LA REGLACIÓN ECONÓMICA	65
1. Necesidad de la regulación y de la colaboración entre el gobierno, las empresas y las instituciones sociales	65
2. La regulación de las infraestructuras de transporte	71
A. Marco Conceptual.....	71
B. Monopolios Naturales	81
C. Tipos de Regulación	84
3. La Teoría de la Colaboración	87
A. La tercera vía: colaboración y sinergia entre el gobierno, la sociedad y el mercado	91
CAPÍTULO CUARTO.- LA REGULACIÓN DEL TRANSPORTE TERRESTRE	93
1. Contexto general.....	93
2. Cuestión conceptual.....	96
3. Aspecto económico.....	106
A. Peajes duros, blandos y en la sombra	111
B. Los pagos por disponibilidad	119

4. Evolución Normativa Española Reguladora del Transporte	120
5. Evolución normativa puertorriqueña reguladora del transporte	126
6. Particularidades que presenta el Transporte por Carretera en Comparación con otras Modalidades de Transporte.....	131
A. La alta capacidad de penetración.....	131
B. Elevado grado de intermodalidad	133
C. Especialmente rentable para trayectos de corto recorrido	134
D. Modo de transporte más flexible y versátil.....	135
E. Sector caracterizado por la excesiva atomización.....	136
F. Otras características.....	138
7. Política Comunitaria de Transporte	139
A. Consideraciones preliminares	139
B. La génesis de la Política Comunitaria de transporte por carretera.....	141
<i>a) Periodo de 1958 a 1973</i>	<i>143</i>
<i>b) Periodo de 1973 y 1985</i>	<i>145</i>
C. Intervención del Parlamento Europeo.....	146
D. La situación tras la Sentencia de 1985.....	148
E. El Acta Única Europea.....	150
CAPÍTULO QUINTO.- NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIA DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA	153
1. Trasfondo general	153
2. El libro verde sobre colaboración público-privada y normativa comunitaria sobre contratos públicos y concesiones	156

A. Tipos de colaboración según el Libro Verde.....	160
B. Colaboración público-privada contractual.....	160
C. Colaboración público-privada Institucional.....	164
D. Selección del socio privado	166
E. La etapa posterior a la selección del socio privado y el marco contractual	169
F. Subcontratación	170
3. La financiación de infraestructuras y la estabilidad presupuestaria	178
<i>a) Construcción de la infraestructura por la iniciativa privada</i>	<i>179</i>
<i>b) Construcción de la infraestructura por asociaciones público-privadas... ..</i>	<i>181</i>
<i>c) Construcción de la infraestructura mediante un ente o sociedad pública</i>	<i>184</i>
4. El caso MINTRA.....	186
CAPÍTULO SEXTO.- CPP EN EL MARCO DE LAS INFRAESTRUCTURAS DEL TRANSPORTE.....	191
1. Carreteras, Autopistas y Puentes	191
A. Autopistas y Carreteras en Francia	193
B. Autopistas y Carreteras en España.....	196
C. Autopistas y carreteras en Estados Unidos	201
D. El caso del Eurotúnel	209
<i>a) Marco contractual.....</i>	<i>213</i>
<i>b) Financiación del proyecto.....</i>	<i>220</i>
<i>c) La Comisión Intergubernamental y el Comité de Seguridad</i>	<i>221</i>
<i>d) El Comité de Expertos</i>	<i>223</i>

<i>e) Tribunal de Arbitraje</i>	225
<i>f) Fase de funcionamiento y explotación</i>	226
CAPÍTULO SÉPTIMO.- LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL DERECHO ESPAÑOL	231
1. Contratación administrativa.....	231
A. Adjudicación de Contratos del Sector Público	238
2. Los orígenes del CPP en España	241
A. Ley General de Obras Públicas de 1876.....	241
B. Real Decreto- Ley 28 de julio de 1928	243
C. Reglamento Servicios Corporaciones Locales de 1955.....	244
D. Ley de Contratos del Estado de 1965	246
3. Marco jurídico en la actualidad	247
A. Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado (CCSPSP)	247
B. Características esenciales.....	252
C. Actuaciones preparatorias del CCSPSP	257
D. El procedimiento de adjudicación del contrato: el Diálogo Competitivo.	263
E. Régimen Jurídico	268
CAPÍTULO OCTAVO.- LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL DERECHO PUERTORRIQUEÑO	271
1. Contratación administrativa en Puerto Rico.....	271
A. Adjudicación de contratos del sector público.....	275
2. Trasfondo histórico de las CPP en Puerto Rico.....	278

3. Ley de alianzas público-privadas de Puerto Rico.....	281
A. Política Pública	281
B. La Autoridad para las APP y los Comités de Alianzas.....	287
C. Estudio de Deseabilidad y Conveniencia.....	289
D. Procedimiento de Selección y Adjudicación	296
E. El Contrato de Alianza	301
F. El Caso Particular del Puente Teodoro Moscoso	304
4. Marco jurídico en otras jurisdicciones y su influencia en la ley de alianzas público-privadas de Puerto Rico.....	315
A. Australia.....	315
B. Estados Unidos.....	317
C. Chile.....	321
D. Brasil.....	323
5. Posibles controversias relacionadas a la ley de alianzas público-privadas de Puerto Rico	324
A. Derecho Constitucional	324
B. Derecho Laboral.....	326
CONCLUSIONES.....	333
BIBLIOGRAFÍA.....	339
RESUMEN	357
ABSTRACT	359

ÍNDICE DE CUADROS

CUADRO 1: CICLO PRIVATIZACIÓN-NACIONALIZACIÓN.....	42
CUADRO 2: FORMAS DE PARTICIPACIÓN PRIVADA SEGÚN LA TEORÍA DE LA DELEGACIÓN.....	55
CUADRO 3: MODALIDADES DE COLABORACIÓN EN LA DOCTRINA ANGLOSAJONA.....	56
CUADRO 4: ALTERNATIVAS DE RETRIBUCIÓN DEL CONCESIONARIO	120
CUADRO 5: FÓRMULAS COLABORATIVAS IDENTIFICADAS EN LA GUÍA PARA REALIZAR ESTUDIOS DE DESEABILIDAD Y CONVENIENCIA EN PUERTO RICO	295

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

CPP	Colaboración Público-Privada
APP	Alianzas Público-Privadas
PPP	<i>Public-Private Partnerships</i>
CPPI	Colaboración Público-Privada Institucional
PFI	<i>Private Finance Initiative</i>
CCSPSP	Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado
DBFO	<i>Design, Build, Finance and Operate</i>
BOT	<i>Build, Operate and Transfer</i>
Eurostat	<i>Statistical Office of the European Communities</i>
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público
TRLCSP	Texto Refundido Ley de Contratos del Sector Público
PEIT	Plan Estratégico de Infraestructuras de Transporte
PIB	Producto Interior Bruto
PSC	<i>Public Sector Comparator</i>
SEC-95	Sistema Europeo de Cuentas de 1995
VFM	<i>Value for Money</i>
L.P.R.A.	Leyes de Puerto Rico Anotadas
TSPR	Tribunal Supremo de Puerto Rico

UE	Unión Europea
Ley APP	Ley de Alianzas Público-Privadas de Puerto Rico
Alianzas	Alianzas Público-Privadas

INTRODUCCIÓN

PLANTEAMIENTO GENERAL

La crisis económica que están enfrentando la mayoría de los países hoy en día afecta la capacidad de los gobiernos para proveer una infraestructura adecuada que fomente el crecimiento económico. Entre las infraestructuras de mayor trascendencia se encuentran las de transporte terrestre que por su accesibilidad y alcance resultan ser el método de transporte más utilizado en los países. El constante crecimiento de la demanda vehicular ha convertido a las carreteras en una infraestructura imprescindible para el adecuado funcionamiento de una sociedad. Específicamente, se considera que sin un sistema de transporte por carretera eficaz y dinámico los otros modos de transporte no funcionarían correctamente.

Es con este telón de fondo que sentamos las bases para enfocar nuestro estudio en el contrato de colaboración público-privada para la provisión de autopistas, carreteras y puentes. Ciertamente vivimos tiempos difíciles los cuales mueven a los Estados a tomar medidas extremas con el fin de procurar la financiación de la obra pública. Existe mucha desinformación entre los grupos con poder decisonal en los gobiernos lo cual puede provocar que el remedio sea peor que la enfermedad. Es decir, que por razones de urgencia accedan a entrar en supuestos acuerdos colaborativos cuyo resultado sea, al final del camino, en menoscabo del interés público.

El presente estudio refleja de manera práctica la naturaleza y finalidad de los acuerdos colaborativos en la industria del transporte terrestre. Así pues, discutiremos las características esenciales de dicha figura como lo es la teoría del riesgo y el carácter relacional del contrato. La teoría del riesgo resulta interesante ya que aclara un misterio que permea la figura de los contratos de colaboración y es

el hecho de que la distribución del riesgo no opera de manera automática como muchos piensan, o que en términos absolutos la tiene que asumir en su totalidad el sector privado. En cambio, a través del presente escrito quedará claro que el asunto del riesgo se evalúa caso a caso, tomando en cuenta la naturaleza del proyecto y la capacidad de las partes contratantes para asumirlo. Aunque es incuestionable que tiene que haber una adecuada transferencia de riesgo hacia el sector privado para poder estar en el terreno de los acuerdos colaborativos entre el sector público y el sector privado, lo cierto es que en la práctica el asunto resulta un poco más complejo de determinar.

El aspecto relacional de este contrato es también un tanto novedoso ya que en la contratación tradicional generalmente los contratos contienen la totalidad de los acuerdos alcanzados y cualquier asunto que haya quedado fuera del mismo se entiende como inexistente. En cambio, en el CPP, por su naturaleza compleja y por su larga duración, se hace imposible que las partes pacten todos los posibles eventos que puedan acontecer durante la vida del contrato. Por tanto, se recomienda que las partes establezcan los términos y condiciones que regirán los procesos de renegociación cuando las circunstancias del acuerdo se alteren a través del tiempo, siempre velando por que no se vulnere el principio de transparencia que debe permear en la contratación administrativa.

El tema económico será uno recurrente en la presente disertación. En particular, la crisis económica que ya mencionamos y todas las ramificaciones que ésta trae consigo. La estabilidad presupuestaria y los requisitos contables que impone la Unión Europea a sus Estados miembros será un estudio obligado en el presente análisis ya que, como veremos más adelante, dichos requisitos rigen el establecimiento de los acuerdos colaborativos.

Más aún, no podemos pasar por alto la teoría de la colaboración. Me parece que dicha figura es interesantísima ya que proyecta el nuevo rol del Estado y del sector público en los tiempos modernos. El Estado, sin perder su función indelegable de ente fiscalizador y garante de la seguridad pública, debe de fomentar alianzas con el llamado tercer sector. Lo anterior, resulta de vital importancia ya que no tan sólo estamos hablando de acuerdos colaborativos con la empresa privada, sino que también se incluyen a las organizaciones sin fines de lucro, las cooperativas, entre otros miembros del tercer sector.

EL OBJETIVO DEL TRABAJO

El objetivo del presente trabajo es llevar a cabo un estudio profundo sobre la naturaleza jurídica de la colaboración público-privada y su utilización para la provisión de carreteras, autopistas y puentes. Al presente existe mucha desinformación en cuanto a esta figura y sobretodo en cuanto a su distinción de otras figuras contractuales tradicionales como lo es el contrato de concesión de obra pública.

De igual manera, realizaremos un estudio comparado entre España y Puerto Rico enfocado en el tratamiento brindado por la doctrina a los acuerdos colaborativos entre el sector público y el privado en ambas jurisdicciones. Para lograr una mejor comprensión de la figura bajo estudio discutiremos su origen histórico, evolución a través de los años y su utilización para el desarrollo de la infraestructura de transporte terrestre.

En este sentido, resulta menester aclarar que a pesar de que el presente estudio es uno jurídico, será necesario entrar a considerar aspectos económicos que permean los acuerdos colaborativos. Sin embargo, la discusión sobre dichos

aspectos económicos será una limitada a los conocimientos básicos que son necesarios para familiarizarse con este tipo de contrato.

Cabe destacar, que no se encuentra entre los objetivos de este estudio profundizar sobre los aspectos políticos o ideológicos detrás de los acuerdos colaborativos entre el sector público y privado. Como tampoco entraremos a discutir sobre la preferencia entre recurrir a los acuerdos colaborativos *vis a vis* la contratación tradicional para la dotación de infraestructura de transporte. Dicha determinación dependerá de las circunstancias particulares de cada país.

EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

En referencia al estado actual de la cuestión debemos decir que históricamente, tanto en España como en Puerto Rico, se han utilizado diversas formas de participación privada en la provisión de infraestructura de transporte terrestre. Sin embargo, en España no fue hasta la aprobación de la vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que se reguló finalmente el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Mientras que en Puerto Rico esto ocurrió dos años después, a través de la aprobación de la Ley 29 de 8 de junio de 2009, mejor conocida como la Ley de Alianzas Público-Privadas.

En España, el desarrollo de la figura ha sido abordado de forma extensa por la doctrina. Destacan en este sentido los excelentes trabajos investigativos de Fuertes Fernández (2015), González García (2006) (2010) y Chinchilla Marín (2006) (2009). Sin embargo, el posible valor científico del presente trabajo reside en atender con especificidad el ámbito de las autopistas, carreteras y puentes ya que entiendo no existe otro trabajo igual. Al presente, tampoco contábamos con un estudio comparado de los acuerdos colaborativos en España y Puerto Rico. Lo

anterior, nutrirá aún más el estudio de los acuerdos colaborativos entre el sector público y el privado en España.

En Puerto Rico el tema de las colaboraciones público-privadas tiene más auge que nunca. Recientemente, el Gobernador de Puerto Rico, el Honorable Alejandro García Padilla, le informó a los acreedores del gobierno que la deuda de Puerto Rico era impagable y que se estaría considerando alcanzar acuerdos colaborativos con el sector privado para fomentar el desarrollo económico del país. En este sentido, es trascendental mi disertación ya nos lleva del inicio al desarrollo y la aplicación de la CPP en el contexto de la crisis económica actual.

ESTRUCTURA DEL TRABAJO Y METODOLOGÍA.

El presente trabajo está dividido en nueve capítulos. Primeramente, discutiremos los fundamentos teóricos del contrato de colaboración entre el sector público y el privado, lo cual incluye sus características esenciales, y su clasificación contractual. Luego, entramos a estudiar el origen de las CPP, el ciclo de privatización-nacionalización al igual que el concepto CPP en la doctrina anglosajona y en la actualidad.

En el tercer capítulo nos adentramos en el campo de la regulación económica desde una perspectiva histórica y luego orientada a la infraestructura de transporte. El capítulo cuarto y quinto se enfoca en la política comunitaria de transporte y en materia de colaboraciones público-privadas, respectivamente.

El capítulo sexto estudia la estabilidad presupuestaria y sus implicaciones en el CPP, mientras que el séptimo discute el CPP en el marco de las infraestructuras de transporte. Finalmente, los capítulos octavo y noveno se enfocan en el estudio de las CPP en el derecho puertorriqueño y español.

CAPÍTULO PRIMERO

PRESENTACIÓN Y CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DE LOS CONTRATOS DE CPP

1. *PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS (PPP)*

Según señala Fuertes Fernández (2015), la *Public-Private Partnerships* es un término con múltiples significados y en palabras de Linder (1999), un “*concepto controvertido*” (*contested concept*) que encierra múltiples significados en él y susceptible de múltiples interpretaciones (Malhotra, 1997).

La doctrina ha puesto de manifiesto las dificultades y contradicciones que entraña este término (Hatery, 1997), su facilidad para ser tergiversado y sobreexplotado (Malhotra, 1997) y la erosión de su significado original a causa de la multitud de términos parecidos que se utilizan para describir relaciones similares (Fowler, 1997: 107).

McQuaid (2000: 11) señala los distintos aspectos que se consignan en la definición de *PPP*: en primer lugar, las sinergias derivadas de cualquier acción conjunta por la que “*el todo es mayor que las partes*”. En segundo término, el desarrollo y prestación de una estrategia, proyecto u operación. Finalmente, un componente social o *social partnership* que excluye la pura finalidad transaccional ya que el Estado no persigue objetivos comerciales.

En esta misma línea, Lawther (2002) lo define como “*un acuerdo de roles y relaciones en el cual dos o más entidades públicas y privadas se coordinan de forma complementaria para alcanzar sus respectivos objetivos a través de la*

búsqueda conjunta de uno o más objetivos comunes” y Holland (1984) a su vez, la detalla como la acción de “*actuar o trabajar en común*” y “*la cooperación entre personas u organizaciones en los sectores público y privado en beneficio mutuo*”. En todo caso, la forma institucional de los *PPP* varía, pudiendo aparecer como entidades formales conjuntas, como un acuerdo para cooperar o simplemente como una organización nueva en la que tanto lo público como lo privado participen (Greve y Ejersbo, 2002: 3).

En este contexto, cabe señalar que el concepto de mercado o empresa incluye a todas las organizaciones cuyo objetivo último es la obtención de beneficios para sus propietarios, con independencia de que su titularidad sea pública, privada o una combinación de ambas. Están incluidas en esta ecuación las organizaciones sin ánimo de lucro, las cuales deben entenderse como aquellas con objetivos predominantemente altruistas y cuyos beneficios, si los tuviera, no se reparten entre las personas a quien pertenece la responsabilidad de su dirección o control (Hansmann, 1980: 838). En este sentido, se contempla de forma particular la cooperación entre organizaciones públicas y organizaciones sin fines de lucro o voluntarias como forma peculiares de *partnerships*, ya que estas relaciones representan formas de colaboración (Salamon, 1996).

Fuertes Fernández (2015: 24) destaca que las organizaciones sin fines de lucro, a pesar de que se acercan a una esfera cercana al sector público, en ningún caso pueden ejercer autoridad legítima alguna sobre la población más allá de la que ejercen de forma consentida sobre sus miembros o la que pudiera delegar alguna entidad pública. Este aspecto resulta ciertamente relevante para el análisis conceptual de los *PPP* en tanto que estas formas de cooperación general entre organizaciones públicas y privadas, habitualmente enmarcadas en un contexto material de profundo contenido social y bajo premisas finalistas relacionadas con

la promoción de objetivos prestacionales nucleares, representan la esencia misma del espíritu colaborativo presente en el concepto de *partnership* y configuran los cimientos sobre los que otros esquemas más específicos deben erigirse.

En fin, las *PPP* pueden concebirse como cualquier acuerdo entre el sector público y el sector privado mediante el cual éste último lleva a cabo actividades públicas que tradicionalmente han sido reservadas al Estado (Lyons y Hamlin, 1991: 55; McQuaid, 2000: 11 y Holland, 1984). De esta forma, se pueden concebir la *PPP* como una de las posibles formas de prestación de bienes y servicios en una sociedad (Fuentes Fernández: 30).

2. CLASIFICACIÓN CONTRACTUAL

La clasificación contractual de la CPP como una figura autónoma es de vital importancia en este estudio. En aras de determinar si la CPP pueden considerarse como un contrato típico tenemos que analizar la naturaleza de las prestaciones, el objeto y por supuesto la existencia del consentimiento. En España, las CPP fueron clasificadas como un contrato típico. Sin embargo, se le proporciona el carácter de contrato residual ya que su utilización sólo opera en el caso de que los restantes tipos de contrato no resulten de utilidad (González García, 2010: 23 y 88).

Oliver E. Williamson ha distinguido tres (3) tipos de contratos que ameritan discusión en este contexto: el clásico, neoclásico y el relacional. El primero es el contrato clásico, el cual procura describir de antemano, atender y establecer soluciones a todas las posibles contingencias futuras que puedan surgir. El segundo tipo de contrato es el neoclásico, el cual anticipa la posibilidad de que el contrato sea incompleto y por tanto establece cláusulas para la existencia de una tercera parte, usualmente un árbitro o mediador, para que resuelva las disputas que puedan surgir en la vida del contrato y que las partes no hayan podido anticipar. El contrato

dispondrá claramente las facultades, el alcance y el tipo de remedio que dicho árbitro o mediador ostentará.

El tercer contrato, es el *relacional*, que tal y como discutiremos más adelante, resulta ser el vehículo idóneo para los acuerdos colaborativos entre el sector público y el privado. Este contrato es el más flexible ya que anticipa que la relación entre las partes tendrá que ser cambiante y adaptarse en el transcurso de la vigencia del contrato de maneras no-anticipables. En este contrato se pacta la renegociación como método de atender conflictos entre las partes y provee el esquema general que gobernará dichas renegociaciones (Gómez Ibáñez: 25-26).

En fin, los contratos clásicos no son recomendados en el ámbito de las infraestructuras de transporte ya que las inversiones son a largo plazo y mientras más largo es el contrato más difícil es anticipar todas las posibles contingencias. Conforme a ello, los tratadistas apoyan dejar atrás los sistemas rígidos que impiden el desarrollo de la relación contractual. Estos tratadistas ven la necesidad de utilizar contratos maleables para el beneficio de las partes contratantes.

Según expone González-García (2010: 15), la CPP constituye un macro-concepto ya que no nos encontramos ante un concepto preciso y detallado, sino ante un género, una técnica de realización de actividades públicas, en la cual se agrupan otras figuras tradicionales y mecanismos novedosos de plantear las relaciones jurídicas y económicas en las que participa la Administración, con la funcionalidad de encontrar un acomodo presupuestario que permite una flexibilización en el régimen jurídico. Dicha técnica se ha de ver necesariamente como un modo de privatización de la actividad pública.

En cuanto al objeto contractual, el contrato no es de adquisición de inmuebles sino de puesta a disposición de un inmueble en condiciones de servir a

las necesidades administrativas. En esta discusión, resulta pertinente aclarar que la concesión ha sido el vehículo jurídico habitual mediante el que se ha articulado la colaboración entre el sector público y el sector privado para el desarrollo de infraestructuras públicas y, en tal sentido, podríamos afirmar que la concesión y la colaboración público-privada en su acepción propia o *strictu sensu* son conceptos equiparables en tanto que se han utilizado originariamente de forma indistinta (Fuertes Fernández: 39). Sin embargo, como veremos más adelante, los términos tienen diferentes alcances jurídicos en la práctica.

En definitiva, nos encontramos ante una figura jurídica compleja cuyas prestaciones no son del todo definidas. Dicho contrato surge como una alternativa cuando las otras vías jurídicas disponibles no atienden las necesidades públicas buscadas por el Estado. De igual forma, nos encontramos ante una figura flexible cuyo norte es atemperarse a las necesidades cambiantes de las partes a través de la vida del contrato.

3. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES: EL CARÁCTER RELACIONAL Y LA TEORÍA DEL RIESGO

A. Carácter Relacional

El reparto de los riesgos es un elemento capital en la definición misma de las CPP y está íntimamente relacionado con carácter relacional del acuerdo (Greve y Ejersbo, 2002: 3). En términos generales, el contrato deberá comprender todas las especificaciones que deban regir la vida de la relación de colaboración, básicamente, los derechos y obligaciones de las partes, por un lado, y los incentivos y riesgos por otro (Klein, 1998: 3).

Sin embargo, como mencionáramos anteriormente, en una relación a largo plazo en la que las partes buscan un negocio compartido, el contrato no puede

especificar todas las previsiones que pueden requerirse en el futuro a la luz de las posibles eventualidades que pudieran surgir, debiendo dejarse algunos aspectos abiertos a posteriores negociaciones cuando dichas contingencias aparezcan. Este carácter incompleto de las relaciones a largo plazo se erige como su principal limitación en tanto que el contrato puede quedar obsoleto si las circunstancias iniciales cambian resultando ineficiente la inclusión en el contrato de las contingencias o eventuales riesgos por los altos costes de transacción que supondría su negociación (Coase, 1937; Williamson, 1971; Klein, Crawford y Alchian, 1978; Fuertes Fernández: 123).

En este sentido, Fuertes Fernández (2015: 125) señala que el contrato debe poder adaptarse a las posibles eventualidades que pudieran emerger durante la vida de la relación entre las partes y, para ello, debe confiar en la renegociación como solución a tales incertidumbres previendo en el contrato el marco que ha de regular tales negociaciones en lugar de intentar plasmar remedios específicos para contingencias previamente identificadas. Razón por lo cual, podemos considerar estos contratos como relacionales (Williamson, 1979: 233-261).

Este carácter relacional propio de los contratos a largo plazo impone la renegociación entre las partes como una consecuencia intrínseca a la propia naturaleza de la relación y por ello necesaria para una eficiente articulación contractual de la misma evitando los excesivos costes de transacción que derivarían de una pretensión comprensiva de la totalidad de matices susceptibles de ser regulados en el seno de un compromiso a largo plazo (Engel, Fischer y Galetovic, 2003). Sin incluir cláusulas de renegociación, este arreglo contractual sería muy oneroso para las partes.

Desde el punto de vista regulatorio, los contratos de colaboración entre el sector público y privado deben especificar los términos que regirán durante el

proceso de renegociación. Esto, usualmente ocurre ya que la demanda es menor a la originalmente proyectada y el operador busca reducir la inversión proporcionalmente. Esta ha sido la experiencia en las autopistas con peaje. Sin embargo, también puede darse el caso en el que la demanda sea mayor a la anticipada y, por ende, las inversiones deban adelantarse. En este contexto, el regulador debe fungir como ente fiscalizador cuyo objetivo principal es velar por que se cumplan con los términos pactados y evitar injusticias y enriquecimientos injustos. A manera general, la parte que solicita la renegociación será responsable por las consecuencias económicas que esto acarree. Permitir renegociaciones en términos imprecisos y ambiguos tiene el efecto de menoscabar la competencia lograda a través de la adjudicación de la subasta (Estache y De Rus 2000).

Un estudio realizado por José Guasch analizando una muestra de aproximadamente mil (1,000) contratos de concesión otorgados entre 1982 y 2000 en América Latina y el Caribe, reflejó que en el área de transportación y acueductos y alcantarillados, 55% y 75% respectivamente de los contratos de concesión tuvieron que ser renegociados. El tiempo promedio entre la concesión del contrato y la renegociación fue de 3.1 años en la transportación y 1.7 años en la industria de acueductos (Gómez Ibáñez: 87).

En el ámbito de las infraestructuras, la causa principal de las renegociaciones de las CPP ha sido la sobreestimación de la demanda ya que el operador privado durante la vida del contrato se percata que los usuarios no están dispuestos a pagar precios elevados como originalmente se estimó. La sobreestimación es una estrategia que comúnmente se utiliza con el fin de inflar artificialmente el valor del bien o servicio objeto del contrato. Para atender este riesgo, durante el proceso de privatización se procura obtener servicios de asesorías de firmas de consultores especializados que lleven a cabo estudios de demanda.

Igualmente, estas compañías están ofreciendo servicios de seguros que respondan ante la eventualidad de que las proyecciones de la demanda resulten insuficientes (Estache y De Rus 2000).

Existen sistemas regulatorios que incorporan la supervisión de las renegociaciones como parte de sus funciones fiscalizadoras lo cual implícitamente legitima este proceso como una consecuencia natural de la complejidad de estos contratos. A manera de ejemplo, en Francia y en sus colonias existe un sistema híbrido municipal en el cual los contratos de concesión cuentan con tribunales administrativos que supervisan las renegociaciones (Gómez Ibáñez 2003).

Fischer y Galetovic (2003: 2) destacan que *“no todas las renegociaciones son negativas en sí mismas: la flexibilidad para adaptar las condiciones del contrato puede ser socialmente deseable. Lo difícil es establecer en un contrato los mecanismos para permitir las renegociaciones que son deseables y evitar las que son oportunistas”*. Sin embargo, el recurso a la renegociación tiene lugar sin la presencia de la licitación pública que se lleva a cabo en la adjudicación inicial del contrato lo que supone un riesgo para la credibilidad del propio sector público concedente ante el mercado y la opinión pública pues pone de manifiesto que la licitación original pudo no ser acertada. Esta razón ha sido esgrimida por los detractores de la participación privada en la regulación de las infraestructuras, alegando que la necesaria renegociación y la posición ventajosa del concesionario al negociar, avocaría siempre tales relaciones a una conducta oportunista por parte de éste (Fuertes Fernández: 127).

B. La Teoría del Riesgo

Según González García (2010), el elemento de la transferencia de riesgo al contratista es un aspecto determinante para concluir que nos encontramos ante una

CPP y no ante otras modalidades contractuales como lo sería el contrato de obras. De acuerdo con lo señalado por la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea 2000/C 101/01: *“si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión. Además, si durante la duración del contrato o al término del mismo el concesionario recibe, directa o indirectamente, en forma de reembolso, compensación de pérdidas, o de otra forma, una remuneración distinta de la correspondiente a la explotación, el contrato ya no podría ser tildado de concesión”*.

Las incertidumbres propias de una relación incompleta a largo plazo se traducen en riesgos para el proyecto que deberán ser adecuadamente gestionadas por las partes en el caso de que finalmente se materialicen y amenacen su viabilidad. La gestión de los riesgos se erige así como la parte central de cualquier acuerdo de colaboración público-privada debiendo los participantes en el contrato reconocer los riesgos involucrados, intentar mitigarlos y asignarlos a la parte que mejor pueda asumirlos (Van Ham y Koppenjam, 2001; Fuertes Fernández: 130).

Es importante resaltar, que la concepción o filosofía de que el sector privado tuviera que asumir la totalidad de los riesgos se ha demostrado equivocada e irrealista. Los riesgos se distribuyen entre las partes según sus capacidades para enfrentarlos, lo cual requiere un análisis coste-efectivo tanto de la capacidad financiera de las partes como de la viabilidad económica del proyecto de infraestructura en cuestión. En este sentido, entran en juego el *VFM* y el *PSC*, los cuales discutiremos más adelante. Por tanto, se puede decir que el sector público podría asumir parte de los riesgos sin que ello afecte la naturaleza colaborativa de la relación.

Sin embargo, una inadecuada o excesiva prestación de garantías amenaza con minar la efectividad misma de un esquema de privatización por cuanto la asunción por el Estado del riesgo de fracaso del proyecto puede apaciguar los incentivos del inversor privado para la elección sólo de proyectos rentables y su ejecución eficiente. Así, con la garantía de que el Estado asumirá las consecuencias en caso de que el proyecto fracase, el sujeto privado podrá elegir proyectos poco rentables o con baja viabilidad y su actuación no se verá incentivada para conseguir resultados eficientes que aseguren el éxito de la operación (Irwin, Klein, Perry y Thobani, 1999: 230).

El riesgo también es relevante a nivel comunitario para determinar si la operación se consolidará o no en el balance de la Administración a los efectos de computar el déficit de los Estados miembros de la UE. Como explicaremos posteriormente, Eurostat toma en consideración la distribución de los riesgos para determinar si la deuda se consolida o no en el balance de la Administración. Específicamente, se ha establecido que en las cuentas nacionales, los activos afectos a un contrato a largo plazo entre una unidad administrativa y una unidad de mercado solamente pueden considerarse activos no públicos si existe una fuerte evidencia de que es el socio privado el que soporta la mayor parte de los riesgos inherentes a la ejecución del contrato (Eurostat).

El destino final del inmueble se tiene en cuenta como elemento indirecto para determinar si hay o no una transferencia de riesgo al particular que colabora con la administración, de tal manera que el coste de la infraestructura se considera que fue asumido por el sector público siempre que la Administración reciba el activo a la finalización del contrato y el precio determinado de ante mano sea superior al valor del bien o, pese a ser inferior, los pagos realizados regularmente hayan alcanzado un valor similar al de éste (González García, 2007: 74).

Eurostat ha considerado que la Administración pueda asumir ciertos riesgos, como ocurre con los acontecimientos muy excepcionales o en el caso de aquellas actuaciones administrativas que modifiquen las condiciones del contrato. Una determinación genérica de los riesgos inherentes al contrato resulta ciertamente complicada. Por ello en aras de facilitar la comprobación de la realidad económica del contrato, se han dividido los riesgos en tres categorías: riesgos de construcción, riesgos de disponibilidad y los riesgos de demanda (González García, 2007: 73). Por ser necesario para el presente estudio, procederemos a estudiar en detalle estos riesgos. Veamos.

a) Riesgo de Construcción

Eurostat ha definido el riesgo de construcción como aquel que cubre aspectos que afectan el estado inicial del acto. En la práctica cubre acontecimientos tales como retraso en la entrega, incumplimiento de criterios especificados, costes significativos, deficiencias técnicas y factores externos negativos, incluidos los riesgos ambientales, que conllevan pagos indemnizatorios a terceros (Eurostat: 9). Eurostat señala que un punto importante es que la Administración no deberá estar obligada a efectuar ningún pago que se derive de un incumplimiento en la gestión de la construcción por parte del socio privado, bien como proveedor directo o únicamente como coordinador/supervisor (Eurostat: 15).

Por último, sí resulta admitido en el sistema contable europeo que la Administración pueda asumir aquellos riesgos que se deriven de acontecimientos exógenos imprevistos, que estén fuera de la cobertura normal que ofrecen las compañías de seguro para la construcción de las infraestructuras. Esto, no debe confundirse con la falta de idoneidad del diseño de los activos ya que en este último supuesto nos encontramos ante un riesgo de construcción derivado de la deficiente planificación del proyecto. La Administración tampoco asumirá

aquellos riesgos derivados de la falta de análisis previo ni de falta de previsión del contratista; sino que han de ser supuestos totalmente imprevisibles (González García, 2007: 77).

b) Riesgo de disponibilidad

Este tipo de riesgo aplica en aquellos casos en que la Administración efectúa pagos periódicos en contraprestación por la explotación de la obra, la prestación de un servicio o ambas. Durante la explotación del activo se reclama la responsabilidad del socio porque a causa de una gestión deficiente, el volumen de servicios es inferior al contractualmente convenido o su nivel de calidad no satisface la convenida en el contrato (Eurostat: 9).

Lo que exige Eurostat es que el bien objeto del contrato esté disponible para el servicio que quiera prestar la Administración pública en cantidad suficiente y con la calidad adecuada para que el servicio este adecuadamente prestado. Ante supuestos de incumplimiento por parte del contratista, lo que Eurostat requiere es que el contratista responda como lo haría cualquier empresario privado ante este tipo de situaciones. En este sentido no debemos olvidar que los precios han de ser acordes al mercado. (González García, 2007: 78).

Eurostat enfatiza en el aumento en los costes como consecuencia de poner a la disposición de la Administración el inmueble objeto del contrato. Estas cantidades deben ser, en principio, asumidas por el particular, de manera tal que se violaría el principio de asunción de riesgos por éste si fuera sufragados por la Administración pública, ya que reflejan una mala planificación de costes, que ha de ser transferido al contratista y no ser asumido por la Administración. Ésta sólo podrá hacer frente a un aumento de costes si es la consecuencia de actividades de

la Administración en relación con el objeto del contrato, como sería, el ejercicio por parte de ésta del *ius variandi* (González-García, 2007: 81).

En cuanto a las circunstancias que pudieran justificar el incumplimiento por el contratista, Eurostat cita específicamente dos circunstancias que podrían justificar la no consolidación: un cambio importante de política o un caso de fuerza mayor. Si bien, tales excepciones sólo se aceptarían en condiciones muy limitadas que deben establecerse expresamente en el contrato (Eurostat: 15).

c) Riesgo de demanda

Los riesgos de demanda serán aquellos que cubren aquellas variaciones en la demanda (superior o inferior a la prevista en el momento de firmarse el contrato) que no dependen de la actuación del socio privado. En otras palabras, un desplazamiento de la demanda no puede estar vinculado a una calidad insuficiente de los servicios prestados por el socio, sino que resulta de otros factores como pueden ser el ciclo económico, nuevas tendencias del mercado, cambios en las preferencias de los usuarios finales u obsolescencia tecnológica. Forma parte del riesgo económico que habitualmente soportan las entidades privadas de una economía de mercado (Eurostat: 15).

Se puede señalar que la Administración contratante retiene el riesgo de demanda de una operación de construcción de infraestructuras cuando está obligada al pago de una determinada cantidad al particular con independencia de cuál sea la utilización efectiva del bien, con lo que la rentabilidad económica para el contratista está garantizada contractualmente, al resultar totalmente independiente de la demanda real del servicio. Ante respuestas negativas de los consumidores con respecto a un determinado bien, el contratista debe adoptar

soluciones empresariales para aumentar la aceptación del mismo sin recurrir a garantías de la Administración (González García, 2007: 84).

En este sentido, González García (2007: 84) apunta que la realización de todo tipo de actividades para impulsar el uso del bien, que van desde la publicidad de la infraestructura, hasta otras más complejas como lo sería la diversificación del uso del bien, que han de estar aceptadas de forma previa en el contrato, son indicativos de que el riesgo de la demanda es soportado por el particular y, por consiguiente, la inversión para la construcción de la infraestructura no se consolidará en las cuentas de las administraciones públicas. Lo anterior, hace que haya que ser especialmente cuidadoso en la formulación de algunas modalidades de concesión de obra pública en las que es la Administración concedente la que efectúa los pagos al contratista, como lo son las de peaje en la sombra en donde no hay una cantidad fija a ser pagada al socio privado.

Finalmente, al igual que en los demás tipos de riesgos previamente discutidos, se podrán producir pagos al contratista en casos de acontecimientos extremos de naturaleza excepcional sin que se produzca la consolidación en las cuentas de la Administración. Este alivio a su vez permite que la empresa privada se vea atraída por la alianza público-privada.

CAPÍTULO SEGUNDO

FUNDAMENTOS, MOTIVOS Y CIRCUNSTANCIAS DEL RECURSO A LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

1. ORIGEN DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

La figura de la colaboración público-privada surgió, como la conocemos hoy, en Estados Unidos a finales de los años setenta y principios de los ochenta del siglo XX. Esta relación se creó como respuesta a lo que se consideró una deficiente actuación del sector público y a la convicción de que el Estado había alcanzado su límite financiero respecto de la prestación de servicios públicos (Carrol y Steanne, 2000; Linder y Rosenau-Villancourt, 2000).

Sin embargo, los modelos de colaboración público-privada han existido desde el siglo XV en toda Europa Occidental, y han dado como resultado elementos muy variados. A manera de ejemplo, la Torre Eiffel en París fue objeto de un convenio tripartito entre el Ministro de Comercio e Industria, en su condición de Comisario de la Exposición Universal, el Ayuntamiento de París y Gustavo Eiffel, ingeniero constructor. Se acordó en pago al Sr. Eiffel una suma de 15.100 francos franceses de los créditos otorgados a la Exposición Universal y el disfrute de la explotación de la Torre durante el año de la Exposición y los veinte (20) años siguientes a partir del 1 de enero de 1890 (González García, 2010: 16).

Por su parte, en el Reino Unido, el gobierno de Margaret Thatcher comenzó a considerar nuevas avenidas de coproducción entre el sector público y el privado (Allard y Trabant). En el año 1992, el Gobierno Británico configuró la APP como un instrumento dentro del programa de reformas administrativas del cual el *Public*

Private Partnerships constituía una mera técnica dentro de un contexto más amplio, que se encuadró bajo el rótulo de *Private Finance Initiative (PFI)*. Dicha reforma administrativa partía de un supuesto de necesidad que políticamente se situaba en el neoliberalismo económico y que, por ello, buscaba el capital privado para la ejecución de las actuaciones públicas, ya sea total o parcialmente. Concretamente, a través de este programa se obligaba a que los distintos departamentos tomaran en consideración las opciones de financiación privada para sus proyectos de inversión siempre que fuera posible transferir al sector privado el control del proyecto y los riesgos asociados, a condición de que esto no suponga un coste desproporcionado (González García, 2010: 16).

En el periodo de los años ochenta, Inglaterra se posicionó como líder en la privatización de su sistema de telefonía, sistema eléctrico, de gas, sistema de acueducto y compañías ferroviarias con miras a que el sector privado proveyese un mejor servicio a un menor costo. En los años noventa muchos otros países siguieron los pasos hacia la privatización, especialmente América Latina, Asia y Europa. A manera de ejemplo, la mayoría de las autopistas de mayor volumen y muchas de las plantas de energía eléctrica que surgieron en los países en desarrollo en los años noventa fueron a través de concesionarios privados. A finales del siglo XX la mayoría de las compañías de ferrocarriles, de telefonía y plantas generadoras de electricidad en América Latina habían sido vendidas u ofrecidas como concesionario a operadores privados (Gómez Ibáñez, 2006: 1).

En el año 1997, con la llegada de los laboristas al poder, encabezados por Tony Blair, la respuesta no fue la eliminación del programa de colaboraciones público-privadas de Margaret Thatcher, sino precisamente su potenciación, con ciertos cambios en el modo de proveer infraestructuras y servicios a la ciudadanía. Así pues, perfeccionaron la fórmula que había adoptado el partido conservador en

el Reino Unido a través de una revisión de las cláusulas particulares de los contratos, una mejora en los procedimientos de licitación para ganar eficacia y una mejor transferencia de riesgos al socio privado. En este periodo aparecieron dos ideas claves del proceso de las APP: el denominado *value for money*, esto es, una adecuada relación entre coste y calidad, y el *risk transfer*, la transferencia efectiva de riesgos al contratista (González García, 2010: 17).

Entre los países socialistas, China fue el primero en implementar la privatización comenzando con la agricultura en el año 1978. Específicamente, eliminaron las granjas en control del Estado o cooperativas y permitieron que el sector privado incursionara en el sector de la agricultura. Lo anterior, resultó en un incremento en la producción de alimentos y puso fin al racionamiento de alimentos que imperaba en esa época. Similarmente, la Unión Soviética cambió su marco legal en el año 1990 para permitir que el sector privado pudiera incursionar en los medios de producción. Esto abrió la puerta a la privatización antes del total colapso del movimiento comunista en el año 1991. El colapso del bloque socialista en Europa movilizó a varios países hacia la privatización. Este fue el caso de Hungría, Polonia, y Checoslovaquia, entre otros (Savas: 16). A diferencia de los países socialistas, Estados Unidos estaba más avanzado en este tipo de arreglo contractual ya que a mediados de los años noventa la privatización de servicios a nivel estatal y local era generalmente aceptada y se había convertido en parte de la política pública a nivel federal (González García, 2010: 18).

Los primeros pasos que permitieron proporcionar un impulso a las formas de colaboración público-privada en el Consejo Europeo celebrado en marzo de 2000 en Lisboa fueron dos documentos, el Informe Kinnock y el Informe Van Miert. En esta ocasión se decretó el papel que tendrían las CPP en el comienzo del siglo XXI, en la medida en que se vincularon a la consecución de los objetivos de la

denominada estrategia de Lisboa. Planteamiento que también se encuentra en el documento aprobado por el Consejo de Ministros Español el día 13 de octubre de 2005, *Convergencia y Empleo*, en el que las CPP se consideraron un instrumento básico para la dotación de infraestructuras (González García, 2010: 18).

En el año 2004, la Comisión Europea aprueba el *Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en Materia de Contratación Pública y Concesiones* (en adelante Libro Verde). Su finalidad consistía en iniciar un debate en torno a la mejor manera de garantizar que las operaciones de las CPP puedan desarrollarse en un ambiente de competencia real y claridad jurídica. El Libro Verde señala además que el concepto de la colaboración público-privada “*en general se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión, o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio.*” De esta manera, cualquier modalidad de vinculación entre administración y socio privado podría dar cobertura a la CPP, incluso los propios contratos típicos. Un año después, en las conclusiones del Consejo Europeo desarrollado en Bruselas en marzo de 2005, se destacó la importancia de la realización de los proyectos prioritarios en materia de redes de transporte y energía e invita a la Unión y a los Estados miembros a que prosigan sus esfuerzos de inversión y fomenten asociaciones entre los sectores público y privado (González García, 2010: 24).

2. CICLO PRIVATIZACIÓN-NACIONALIZACIÓN

A. Perspectiva general

La tendencia de participación privada en la provisión de infraestructuras y servicios públicos se mantuvo durante el siglo XX hasta la década de los treinta, en

que las consecuencias económicas de la Gran Depresión de 1929 obligaron a un cambio significativo en las políticas públicas de Estados Unidos. La profunda crisis que atravesaba el sector privado propició el protagonismo del Estado en el mantenimiento de los sistemas públicos y servicios esenciales, así como en la reactivación de la economía nacional, mediante la puesta en marcha de proyectos locales e iniciativas a nivel federal para la ejecución y financiación de grandes obras de infraestructura (Fuentes Fernández: 85).

Posteriormente, surge la *Urban Mass Transportation Administration* creada por el Congreso de los Estados Unidos en 1964, para la provisión del transporte por el Gobierno Federal, que se convirtió en el principal actor en la provisión de las infraestructuras de transporte urbano. La financiación federal estuvo inicialmente prevista únicamente para las operaciones de conservación y mantenimiento pero, a partir de 1971 se comenzó a aplicar a nuevas construcciones (Meyer y Gómez- Ibáñez, 1981: 37-51) y continuó como fórmula predominante en la provisión de infraestructuras de transporte hasta la década de los 80 (Jacobson y Tarr, 1995: 10).

En Europa, la etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial marca una clara tendencia hacia la nacionalización de las infraestructuras y servicios debido a los ambiciosos planes de reconstrucción y el resurgimiento de un espíritu nacional que renovarían la confianza en la acción de un Estado centralizado. Este proceso duró hasta la década de los ochenta, y se caracterizó por la toma de control por el Estado, a través de grandes empresas públicas, de la ejecución de la mayoría de las infraestructuras necesarias para el desarrollo. En el Reino Unido, a partir de la Segunda Guerra Mundial, el protagonismo del Estado en la organización de los sectores infraestructurales como el abastecimiento del agua o el sistema eléctrico fue aún mayor que en los Estados Unidos (Fuentes Fernández: 88).

En España, los primeros años del siglo XX se caracterizan por el desarrollo de las grandes infraestructuras y servicios públicos donde intervienen algunas empresas estatales o con participación pública. La Dictadura de Primo de Rivera (1923-1929) establece los primeros grandes monopolios estatales en sectores como la energía, comunicaciones y transportes, en concreto, la telefonía (Compañía Nacional Telefónica de España, (CTNE), creada en 1924), el transporte aéreo (Compañía de Líneas Aéreas Subvencionadas S.A. (CASSA), creada en 1928) y los hidrocarburos (Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos S.A. (CAMPSA), creada en 1927), a los que se uniría después de 1941 el transporte ferroviario cuando la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles (RENFE) integra a las demás empresas ferroviarias existentes (Carreras y Tafunell, 1993).

Durante la etapa posterior a la Guerra Civil y primeros años del franquismo, la necesaria reconstrucción económica de España determina una intensa política intervencionista caracterizada por la industrialización bajo planificación estatal, el control de los precios y los programas de nacionalización (Montero Elena, 1996: 65). Como señalan Carreras y Tafunell (1993) *“hacia 1948 los efectos de la acción estatal -enormemente acentuada- se tornan más visibles. En la nómina de sociedades que operaban monopolísticamente gracias a la intervención pública había ingresado un nuevo miembro de enorme bulto, RENFE”*.

Según apunta Fuertes Fernández (2015: 92), desde la promulgación de la Ley de 24 de noviembre de 1939, de ordenación y defensa de la industria, y la creación en 1941 del Instituto Nacional de Industria se abrirá un periodo económico de desarrollo planificado y dirigido por el Estado que se extenderá hasta 1959 momento en que, coincidiendo con el acceso de España en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y la

adopción del Plan de Estabilización se iniciarán cambios en la política económica del país.

El protagonismo de los Estados en la provisión de las infraestructuras y servicios públicos se vio seriamente comprometido por la coyuntura internacional existente en los años posteriores y que se concretó durante el final de la década de los setenta y principios de los ochenta en una serie de factores socio-económicos que restringían su capacidad para afrontar directamente el esfuerzo inversor, dando lugar a la búsqueda de fórmulas alternativas para su financiación (Fuertes Fernández: 93).

Entre estos factores pueden citarse el crecimiento demográfico en los países en vías de desarrollo que incrementaban la demanda de nuevas infraestructuras; el escenario de restricción presupuestaria y de endeudamiento que afrontaban las cuentas públicas en la mayoría de los países para evitar crecientes déficits y deudas públicas; así como la pérdida de negocio por parte de las principales firmas constructoras a principios de los años ochenta que elevaron su interés por involucrarse en nuevos proyectos con el sector público (Augenblick y Custer, 1990: 1 y 2).

Así las cosas, en Estados Unidos la tendencia privatizadora tuvo su resurgir durante la década de los ochenta con la Administración Reagan en una clara apuesta por la reducción del volumen del Estado y su presencia en la actividad económica mediante cambios en los patrones de gestión pública. A nivel estatal y local esta situación se tradujo en la incapacidad de los gobiernos para mantener de forma autónoma un sistema público de servicios de creciente demanda por los ciudadanos, debido en parte a mandatos heredados del Gobierno Federal sin la correspondiente financiación, así como por la continua presión social exigiendo mayor alcance y calidad de la red prestacional, y finalmente la progresiva

sustitución de su financiación general a través de los impuestos por el soporte directo por los usuarios, todo lo cual termina creando un entorno adecuado para el florecimiento de la colaboración público-privada (Fuentes Fernández: 94).

Estas condiciones político-económicas facilitaron su generalización en todos los sectores a lo largo de los años ochenta y noventa y, pese a algunas reticencias de grupos sociales y sindicales, la mayoría de las Administraciones, a todos los niveles, aceptaron como beneficiosa la participación del sector privado en los programas de inversión y desarrollo de infraestructuras y servicios públicos (*The National Council of Public-Private Partnerships* (NCPPP), 2002: 6).

B. Etapas del ciclo privatización-nacionalización

Según apuntan Gómez Ibáñez y Meyer (1993:16), muchas ciudades en países desarrollados y en desarrollo han experimentado el ciclo de la privatización-nacionalización en sus sistemas de autobuses. Dicha experiencia puede extrapolarse a diferentes modos de transporte, incluyendo el transporte terrestre por autopistas, carreteras y puentes.

El ciclo en cuestión, que puede dividirse en diez etapas, comienza siendo el sector privado el responsable de proveer los servicios de transporte, seguido por un paulatino incremento en la participación del sector público y eventualmente, en algunos casos, el sector privado vuelve a retomar la responsabilidad total de brindar el servicio. Dicho ciclo varía dependiendo de las circunstancias particulares de cada país.

Como mencionamos anteriormente, en la primera fase del ciclo, pequeñas empresas o individuos ofrecen el servicio directamente el ciudadano. La segunda fase se caracteriza por la consolidación de las pequeñas empresas u operadores en unas pocas compañías o empresas dominantes. La consolidación típicamente es

seguida de la regulación del Estado. En el caso del sistema de autobuses, la regulación gira en torno a las tarifas y las cualificaciones profesionales de los operadores o transportistas. Dicha regulación usualmente responde al poder en el mercado, ya sea real o aparente, que tienen las empresas dominantes. En otros casos, la regulación puede responder a factores económicos como lo sería la inflación, unido a la oposición de la ciudadanía al aumento en la tarifa y a la dependencia del gobierno de los servicios que provee el sector privado. En fin, la regulación puede estar motivada por múltiples razones. Entre estas razones se encuentra la de evitar la denominada «competencia destructiva» la cual podría poner en riesgo la seguridad de los usuarios del servicio (Gómez Ibáñez y Meyer, 1993:17). Esta competencia destructiva surge cuando los competidores procurando ofrecer la tarifa más baja posible reducen gastos relacionados con el mantenimiento, lo cual compromete la seguridad de los usuarios.

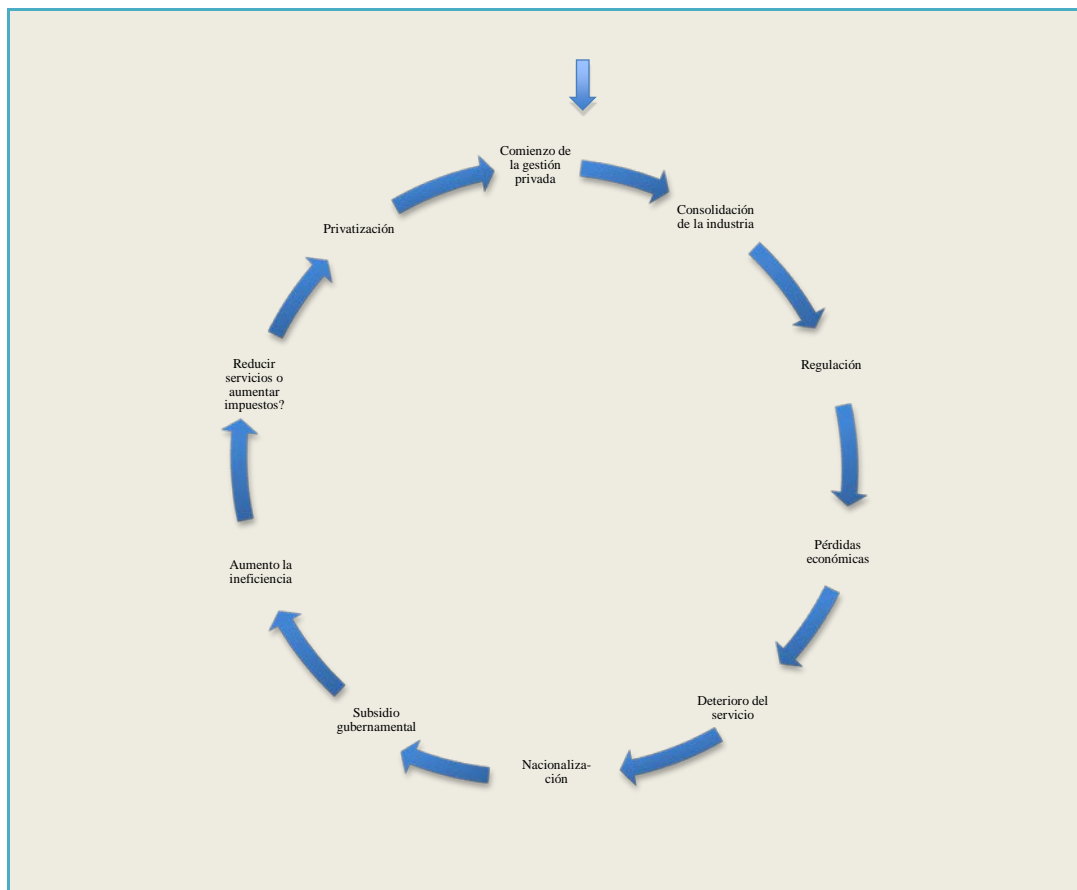
En la cuarta fase del ciclo, la regulación excesiva de precios y tarifas limita los ingresos de los operadores privados (Gómez Ibáñez y Meyer, 1993: 18). Esto ocurre mayormente cuando la regulación de precios y tarifas responden a decisiones políticas o de aceptación general en vez de análisis de coste-eficiencia. Es decir, la regulación evita que las tarifas respondan al costo real de proveer el servicio y que a su vez permita una ganancia razonable para el operador.

La quinta fase consiste en la reducción de la calidad de los servicios y un aumento en la insatisfacción de los usuarios. En la sexta etapa del proceso el sector público *takes over* o nacionaliza el servicio. Una vez la empresa es nacionalizada, en vez de reorganizar la operación en cuestión con el fin de procurar la eficiencia y/o ajustar las tarifas de manera tal que respondan al coste real de ofrecer el servicio, el gobierno opta por subsidiar la operación con fondos públicos. Los subsidios usualmente tienen el efecto de incrementar los costes de la operación ya

que el sector público tiende a ofrecer mayores beneficios a sus empleados y la productividad y eficiencia se reduce a raíz del *overstaffing* o exceso de personal. Eventualmente, los subsidios se tornan insuficientes y el gasto de la empresa se convierte en insostenible para el Estado. Así las cosas, el Estado se enfrenta a la disyuntiva de recortar servicios, aumentar impuestos o considerar la privatización. Lo anterior, por lo general nos lleva nuevamente a la privatización (Gómez Ibáñez y Meyer, 1993: 19).

Lo anterior queda debidamente ilustrado con el siguiente cuadro:

CUADRO 1: Ciclo privatización-nacionalización



Fuente: Savas (2000: 239)

3. EL MODELO BRITÁNICO: LA *PRIVATE FINANCE INITIATIVE*

A. Contexto General

En 1979, al entrar en el poder el partido conservador liderado por Margaret Thatcher, el Reino Unido se embarcó en un proceso reformista cuyo fin era la reducción de la dimensión del Estado. Dicha reforma se puso en vigor a través de diversas políticas de privatización. En primera instancia tuvo lugar un ambicioso programa de privatización del sector público comercial mediante el traspaso al sector privado de las principales empresas públicas en los sectores de las telecomunicaciones, el agua, el gas, los aeropuertos, los ferrocarriles y la electricidad. Su principal objetivo fue obtener fondos para el Tesoro y traspasar la responsabilidad inversora al sector privado en un momento en que la mayoría de las infraestructuras requerían una fuerte inyección de capital para atender su remodelación física o tecnológica, evitando así el crecimiento del déficit público (Megginson y Netter, 2003: 28; Fuertes Fernández: 97).

En segundo término, se pretendía la eficiencia de las empresas privatizadas teniendo en cuenta que uno de los mayores obstáculos al proceso de privatización era el caso de enajenación de empresas públicas que no se consideraban rentables y podían retraer la inversión privada. Para ello, con carácter previo a su privatización se procedió al saneamiento de dichas empresas descomponiéndolas en unidades menores más rentables y reduciendo la deuda y, posteriormente se afrontó una ambiciosa campaña publicitaria para su difusión (González, 1994).

Así pues, el proceso británico de privatización se caracterizó, en primer lugar, por la retirada del Estado del sector económico, lo que exigía el desmantelamiento de las empresas públicas mediante su desnacionalización o venta al sector privado, y en segundo lugar, por las facilidades existentes en el

sistema jurídico británico para la privatización en el ámbito de los servicios públicos al no existir importantes barreras legales o constitucionales para ello (Villar Rojas, 1993).

El sector público se regía hasta ese momento por la aplicación de las *Ryrie Rules*, que establecían los límites de la participación privada en la financiación de proyectos públicos fijando un marco rígido de actuación para los responsables públicos que evitara la excesiva asunción de obligaciones financieras futuras para huir de las restricciones presupuestarias (Clark y Root, 1999; Hall, 1998: 132). Las *Ryrie Rules* fueron formuladas por el *National Economic Development Council* (*NEDC*) bajo el mandato de Sir William Ryrie, y regulaban el régimen de introducción de capital privado en la actividad de las empresas nacionalizadas. El criterio general era la prioridad en la utilización de fondos públicos para la ejecución de proyectos de inversión y, únicamente podría utilizarse financiación privada cuando ofreciera mayor eficiencia en términos de coste que la opción pública y siempre que ésta no pudiera llevarse a cabo (Hall, 1998: 122). Debía además existir en todo caso la oportuna cobertura presupuestaria (Allen, 2001: 14).

La retirada de las *Ryrie Rules* en 1989 y su sustitución por la *Private Finance Initiative* (*PFI*) supuso la definitiva toma de postura por parte del Gobierno en favor de la implicación del sector privado en la financiación y gestión de infraestructuras públicas, a través de una continua y más cercana colaboración con las autoridades públicas, tanto central como locales (Allen, 2001: 14).

El lanzamiento formal de la *PFI* tuvo lugar en el *Autumn Statement* pronunciado por Norman Lamont en 1992, y puede definirse como “*uno de los principales medios mediante los que el sector público puede asegurar mayor eficiencia en el coste o value for money en colaboración con el sector privado. A través de la PFI el sector privado es capaz de aportar una amplia gama de*

cualificaciones directivas, comerciales y creativas en la provisión de servicios públicos, ofreciendo grandes beneficios potenciales para el Estado” (HM Treasury UK, 1997). El principal objetivo de la *PFI*, por tanto, fue alcanzar una colaboración cercana entre los sectores público y privado tanto a nivel central como local (Fuertes Fernández: 100).

La *PFI* representa un cambio radical en el planteamiento de las inversiones de capital del Gobierno en los servicios públicos. Supone un desafío a la suposición de que la mayoría de las infraestructuras y de los servicios públicos son *per se* «públicos» y deben ser financiados y dirigidos por el sector público. El propósito de la *PFI* es aumentar los recursos financieros del sector privado y sus capacidades de gestión y aplicarlas en áreas que hasta el momento se consideraban exclusivamente reservadas al sector público. Lo que diferencia a la *PFI* de la financiación puramente privada de infraestructuras o de otras formas de asociación público-privadas es el alcance de su aplicación. El cambio radica en que la *PFI* se convierte en el método de aplicación prioritario por parte de la Administración, de tal forma, que deberán ponderarse las diferentes opciones de financiación privada disponibles antes de optar por la financiación pública de un proyecto (Cruz Ferrer, 2000: 472).

Parte de la doctrina entiende que, en general, la experiencia del proceso de privatización británico puede considerarse como satisfactorio teniendo en cuenta los beneficios obtenidos por los consumidores, los accionistas y el Gobierno, y en particular, por el adecuado comportamiento de la actividad inversora de las compañías privatizadas (Pollitt, 2000: 4-6)

B. Criterios de aplicación

El criterio rector del *PFI* es el denominado *value for money*, que constituye uno de los estándares más empleados por el sector público anglosajón para introducir criterios de eficiencia en la adquisición de recursos y en la producción de bienes y servicios, tanto para el uso de la Administración como para el uso del público. La idea que subyace en el *PFI* es la de que el *VFM* deberá ser demostrado mediante la evaluación y contraste de las ofertas del sector privado con una referencia comparativa al sector público. En la utilización de este mecanismo comparativo, se parte de la idea de que el precio más bajo no siempre refleja el mejor *VFM*, valorándose esencialmente que se produzca una óptima asignación de los riesgos del proyecto. Confirmado el mejor *VFM* de un proyecto, la *PFI* se caracteriza porque el Gobierno se convierte en un adquirente de servicios y no en un propietario de infraestructuras (Cruz Ferrer, 2000: 473).

El Gobierno británico estableció un *VFM test* para la evaluación de las distintas opciones de contratación en el que la elección vendrá determinada por la comparación de los costes y beneficios de las distintas alternativas (HM Treasury UK, 2003: 80). En teoría, el método será una evaluación coste-beneficio, utilizando para ello el denominado *Public Sector Comparator (PSC)* (Grout, 2005).

El *PSC* se asienta en una filosofía básica de armonización de los escenarios de costes entre proyectos con financiación pública y privada mediante la eliminación de las incidencias que sobre éstos produce la evaluación del traslado de riesgos. Se aplica en la fase de evaluación del proyecto y consiste en una estimación hipotética del coste en el caso de que el sector público fuera el proveedor de los servicios mediante el ajuste de los riesgos existentes. Expresado en términos de valor actual, se basa en el método disponible en el sector público para proveer los requerimientos de servicio especificados, incluidas las eficiencias que

pudiera aportar al proceso y teniendo en cuenta todos aquellos riesgos que el tradicional proceso de contratación pudiera conllevar (Fuentes Fernández: 101).

Según el Canciller del Tesoro, *“bajo la PFI el sector público no firma simplemente un contrato para adquirir una prisión, unos trenes o un sistema de telecomunicaciones. Paga por disponer de servicios específicos, suministrados y garantizados con niveles determinados de rendimiento: plazas disponibles en las prisiones, trenes que funcionen con seguridad en determinadas líneas de metro o que los archivos de seguridad sean fiables y se mantengan al día. El gobierno determina la calidad de los servicios que requiere el público, y solicita esos servicios de las empresas privadas con la necesaria capacidad financiera y experiencia para proporcionarlos”* (Cruz Ferrer, 2000: 474).

Los principios fundacionales de la PFI inglesa (HM Treasury UK, 1994) son:

- El sector privado debe asumir riesgo sin garantía alguna por parte de los contribuyentes contra las posibles pérdidas.
- La eficiencia en términos de coste (*Value for Money*) debe demostrarse para cualquier gasto a realizar por el sector público.
- La financiación privada sería la principal fuente de crecimiento para la inversión pública y el Tesoro no aprobaría ningún proyecto de inversión sin haber explorado las opciones de financiación privada.

En este sentido, Cruz Ferrer (2000: 474), sostiene que el Gobierno queda reducido a su papel esencial. En vez de que el Gobierno sea el propietario de los «medios de producción» para proveer los servicios públicos, los medios de producción (tanto en términos de recursos financieros, como de recursos humanos)

serán poseídos y empleados por el sector privado y puestos a disposición del público bajo los términos de un contrato a largo plazo, que incluye el diseño, la construcción, la financiación y la gestión del servicio. La inclusión de los aspectos operativos es importante ya que la *PFI* no pretende que el Gobierno compre infraestructuras a plazos o a través de arrendamientos financieros. Esto sería infravalorar las inversiones, puesto que los costes de financiación del sector privado siempre son superiores a los préstamos del Gobierno. Para aumentar el valor de las inversiones, resulta esencial que el sector privado, no solamente diseñe y construya la infraestructura, sino que también asuma la responsabilidad de su gestión y mantenimiento.

En el Reino Unido el concepto *PPP* abarca, no solamente las fórmulas amparadas por la *PFI*, sino también los esquemas propios o materiales de privatización como son la venta de activos públicos a sujetos privados o la introducción de capital privado mayoritario en empresas de propiedad pública. Este concepto más amplio del término *PPP*, lo reconoce el propio Tesoro al concluir que “*en el Reino Unido el término PPP es utilizado para describir los acuerdos concesionales de la PFI, la introducción de la propiedad privada en sectores de propiedad estatal y la venta de activos y servicios públicos a los mercados*” (H.M. Treasury U.K., 2000).

C. Los distintos tipos de transacciones

La doctrina ha identificado tres categorías de proyectos en el marco de la *PFI* (Hall, 1998: 123):

1. Proyectos autofinanciados o *financially free-standing projects*: en los cuales el coste de la inversión puede ser recuperado a través de los cánones pagados por los usuarios del servicio. El sector

público interviene en la planificación y autorización del proyecto, estableciendo un régimen de monopolio privado con regulación pública. Un ejemplo sería la construcción de puentes con peaje como el *Sky Bridge* o el *Second Severn Bridge*.

2. *Joint ventures*: proyectos conjuntos entre los sectores público y privado en los que el coste de la inversión no puede recuperarse mediante cánones, y el Estado debe subsidiar parte del mismo compensando al privado por los beneficios sociales que existan. Algunos ejemplos serían el *Manchester's Metrolink*, *The Docklands Light Railway* o *The Channel Tunnel Rail Link* (UK National Audit Office, 2001; Ruíz Ojeda, 1993).
3. Compra de servicios por el Estado: los más conocidos como *DBFO* en los que el privado se responsabiliza del diseño, la construcción y la financiación de la inversión y el sector público sólo adquiere servicios a éste bajo índices o condiciones de variabilidad fijados en función del uso de la infraestructura o la puesta a disposición de la misma de acuerdo a determinados estándares de calidad. Los pagos por el servicio difieren según el tipo de proyecto y el grado de riesgo que se transfiera y los incentivos establecidos pudiendo establecerse en base a la disponibilidad del servicio para ser utilizado por el Estado o por los usuarios (*availability payments*), o bien según la demanda o utilización efectiva de dichos servicios (*trigger payments*). Es el caso de los proyectos de prisiones y carreteras sin peaje (en éstas el mecanismo de pagos por el Estado en base a disponibilidad o demanda, sustituyendo el peaje de los usuarios, se denominó comúnmente *shadow toll* o peaje en la sombra).

Innumerables ejemplos se documentan en proyectos de transporte, equipamientos sanitarios, instalaciones militares o penitenciarias en el Reino Unido (National Audit Office, 1998).

4. EL CONCEPTO EN LA DOCTRINA ANGLOSAJONA

Los *PPP* siempre han formado parte de la práctica habitual de los países angloamericanos para la provisión de infraestructuras y servicios públicos. Siendo un modelo que se caracterizaba por la acción conjunta entre las partes compartiendo riesgos y beneficios representaba un desafío a la manera usual de proveer servicios a la ciudadanía. Así, ante necesidades públicas cuya satisfacción no podían ser atendidas mediante la contratación pública tradicional, se planteaba una colaboración entre cualesquiera sujetos públicos y privados para fijar el objetivo y los términos de la relación atendiendo la libertad de las partes. Sobre las bases propias del contrato privado se da la autonomía de la voluntad de las partes en la fase de preparación del contrato, participando por primera vez el sujeto privado en la planificación pública (Fuertes Fernández: 20).

Siguiendo a Fuertes Fernández (2015), esta filosofía de acción conjunta se veía facilitada por la flexibilidad que los sistemas jurídicos basados en el *Common Law* ofrecen a la contratación pública. Por el contrario, en aquellos países como España, de tradición romanista y derecho público codificado, las rigideces propias de las normas administrativas de contratación aplicables a los poderes públicos impidieron que las fórmulas de colaboración basadas en la libre voluntad de las partes para diseñar sus relaciones contractuales tardaran más en ser una realidad.

Así pues, en la doctrina anglosajona la figura de la delegación (*delegation*) engloba todas las formas de privatización (*privatization*) en las prestaciones de bienes y servicios públicos en las que el Estado mantiene la titularidad y la

responsabilidad sobre los mismos, a diferencia de aquellas formas de participación privada en las que se traspasa completamente la propiedad del servicio o activo público al servicio privado (*divestment*) (Savas, 2000: 67).

Según Fuertes Fernández (2015: 31), en términos generales, la delegación puede darse de dos maneras: a través de la contratación externa (*public procurement, outsourcing o contracting-out*) y a través de la concesión (*concession o franchise*). En la contratación externa, el estado contrata con empresas privadas para la provisión de bienes y servicios. Estos términos coinciden con la normativa sobre la contratación pública española, incluyendo la de realización de obras públicas, suministro de bienes y prestación de servicios a través de medios externos a la Administración. En la contratación externa se busca una mayor eficiencia en la utilización de los recursos públicos (Abelson, 2005: 2).

Si nos centramos en el ámbito de las infraestructuras estaríamos ante la contratación directa a través de los tradicionales contratos de obras (*BT o Build and Transfer o Turnkey*). Sus características se resumen de la siguiente manera: a) el bien a adquirir o construir puede definirse de forma específica y detallada, b) hay concurrencia de potenciales proveedores, esto es, una variedad de sujetos dispuestos a contratar con el sector público en libre competencia, c) el sector público tiene capacidad para dirigir y controlar la actividad del contratista y d) las condiciones de la relación se incluyen en un contrato y adquieren fuerza obligatoria (Savas, 2000: 75).

La externalización implica una relación específica a corto plazo entre comprador público y proveedores privados caracterizada por la desconfianza y recelo propios de cliente y agente buscando maximizar su utilidad. Se trata de una relación transaccional entre partes que tiene por objeto la prestación de un bien o servicio cuyas características pueden ser perfectamente definidas por el sujeto

público contratante (Pollitt, 1990). En este sentido, Fuertes Fernández (2015: 38) señala que el *outsourcing* o *contracting-out* es en definitiva una relación entre contratante-agente en la cual el actor público define la necesidad y especifica la solución. No obstante, hay autores que consideran el *outsourcing* y el *contracting out* como una forma incipiente de colaboración y el germen de las fórmulas más avanzadas de colaboración (De Bettignes y Ross, 2004: 138).

En cuanto a la segunda modalidad de delegación, entiéndase, la concesión (*concession o franchise*), ésta se configura como un contrato mediante el cual el Estado acuerda con un operador privado la construcción de una infraestructura y, como contraprestación, le otorga el título de delegación necesario para ejercer el derecho a obtener el pago directamente de los consumidores finales o usuarios durante un periodo de tiempo determinado. En el acuerdo o contrato se establecen únicamente unas especificaciones del servicio que aquél debe prestar a los usuarios así como las tarifas máximas que podrán imponerse. En su versión más tradicional la concesión se configura como una relación a largo plazo que incluye el diseño, la financiación y la construcción de la infraestructura por el sector privado, obteniendo el derecho a su explotación mediante el pago de los usuarios por su uso (Fuertes Fernández: 33).

Fuertes Fernández (2015) enfatiza en que para evitar confusiones terminológicas debe tenerse en cuenta que el concepto angloamericano de *concession o franchise* en su acepción básica se aplica únicamente para la concesión de obra nueva, esto es, cuando su objeto sea el diseño, construcción y financiación de una infraestructura por el concesionario privado, a cambio del derecho de éste a su operación durante un plazo no inferior a los veinte años mediante el cobro de un pago directamente de los usuarios de aquella y su reversión a la Administración una vez finalizado el plazo concesional. Ello

incluiría básicamente la fórmula conocida como *BOT (Build, Operate and Transfer)*, y su derivación *BOOT (Build, Own, Operate and Transfer)*, cuyas siglas representan las operaciones en que consiste la delegación al sector privado: construcción, explotación y reversión (Augenblick y Custer, 1990: 4). Este término *concession* o *franchise* sería el equivalente al concepto actual de concesión de obra pública en el Derecho español.

Por el contrario, no quedan comprendidos en el concepto de *franchise* o *concession* aquellos contratos cuyo objeto es la operación por un concesionario privado de una obra o infraestructura preexistente que la Administración pone a su disposición, otorgándole el derecho a su explotación mediante el cobro de los pagos de los usuarios. Esta figura, denominada *Lease* en la práctica anglosajona, sería el equivalente al concepto de concesión de servicios públicos en el Derecho español (Fuentes Fernández: 40). En este sentido, Savas (2000: 246), apunta a que los esquemas *BOT* o *BOOT* son representativos del modelo concesional tradicional de construcción y operación de infraestructuras (*franchise* o *concession*) y por tanto, pueden considerarse el paradigma de los *PPP* en el ámbito de las infraestructuras.

La concesión tal y como la hemos discutido ha sido históricamente la fórmula de colaboración público-privada por excelencia y se ha constituido en el modelo contractual básico para su desarrollo. En el caso de las infraestructuras públicas la utilización de la concesión fue ciertamente habitual en muchos países y, a través de ella, se confiaba al sector privado su construcción y la aportación del capital necesario, esto es, su financiación. A cambio se le concedía el derecho a obtener de los usuarios el cobro de una cantidad económica por el uso de la infraestructura durante el periodo de vigencia del contrato, normalmente superior a los veinte años, revirtiendo la obra al Estado una vez finalizado el contrato. No

obstante, este concepto básico de concesión ha tenido una evolución diferente en los distintos sistemas jurídicos y ello ha determinado decisivamente la concepción que en los distintos países puede darse a los *PPP* (Fuentes Fernández: 42).

En los Estados Unidos el término *PPP* abarca un amplio recorrido conceptual que incluye formas muy cercanas al *outsourcing* o *contracting-out*. La amplitud terminológica aplicada a los *PPP* explica la inclusión en su ámbito de formas que, por trasladar a manos privadas solamente la construcción de activos, la operación de servicios o la financiación, se acercan a la consideración tradicional de contratación de obras (*turnkey*) o servicios (*outsourcing* o *contracting-out*). Asimismo, se acogen en su concepto formas propias de privatización denominadas *divestiture* consistentes en la venta de activos públicos al sector privado (Savas, 2000: 244-245).

Una situación bien distinta se experimentó en los países de la Europa continental y América Latina, con tradición jurídica romanista y Derecho público codificado, en los que la concesión, como forma tradicional de participación privada en el desarrollo de infraestructuras y servicios públicos, no ha experimentado el proceso evolutivo antes mencionado. En estos países, como es el caso de España, la concesión se sigue concibiendo en su modalidad clásica, como contrato que habilita la construcción, financiación y explotación de obras públicas por empresas privadas pero sin que exista componente alguno de colaboración más allá de la que preside la relación a largo plazo (Fuentes Fernández: 53).

Lo anterior queda debidamente ilustrado con el siguiente cuadro:

CUADRO 2: Formas de participación privada según la teoría de la delegación

PRODUCTOR	PROVEEDOR	
	Público	Privado
Público	PROVISIÓN PÚBLICA DIRECTA 1. Con medios propios (<i>government service</i>) 2. A través de entes o empresas públicas <i>(pure public enterprise)</i>	
Privado	COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA (Provisión pública indirecta o por delegación) 1. Externalización (<i>outsourcing o contracting-out</i>) 2. Concesión (<i>Concession o franchise</i>)	PROVISIÓN PRIVADA <i>(Divestment)</i>

Fuente: Savas (2000: 67 y 107)

Al considerar las características esenciales de las figuras de la contratación externa y de la concesión en la doctrina anglosajona, sólo la concesión podría calificarse como *PPP* (Savas, 2000; Klijin y Teisman, 2000: 85, Fuertes Fernández: 36).

En la doctrina anglosajona el concepto básico de concesión ha evolucionado a niveles insospechados incorporando diversas modalidades de participación

privada en la provisión de bienes o servicios. En cuanto a otras modalidades de colaboración en la doctrina anglosajona, hacemos referencia al cuadro siguiente:

CUADRO 3: Modalidades de colaboración en la doctrina anglosajona

	DENOMINACIÓN	DESCRIPCIÓN
PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA CONSTRUCCIÓN DE ACTIVOS	Design and Build (DB)	Se otorga libertad al sector privado para diseñar y definir el proceso de construcción, contratándose outputs o resultados. Fue el primer paso hacia el concepto de partnership en bienes y servicios en EEUU.
	Lease and Purchase (LP)/ Build, Lease and Transfer (BLT)	El sector privado construye y financia el activo y lo alquila al Estado para su operación por éste.
	Design, Build, Lease and Maintain (DBLM)/ Design, Build and Maintain (DBM)	El sector privado conserva el mantenimiento del activo tras alquilarlo al Estado.
	Sale and Lease-Back	El sector privado vende un activo al Estado, el cual se lo alquila después al primero para que lleve a cabo la operación del servicio. Tiene una finalidad eminentemente contable.

PARTICIPACIÓN PRIVADA SÓLO EN LA OPERACIÓN DE LOS SERVICIOS O FINANCIACIÓN	Lease	Explotación de un activo por el sector privado mediante la operación de servicios de interés público a largo plazo y financiándose normalmente a través de cánones pagados por los usuarios
	Lease, Develop and Operate (LDO)/ Lease, Renovate, Operate and Transfer (LROT)	Lease incluyendo la renovación de los activos por el sector privado
	Buy, Build and Operate (BBO)	Lease incluyendo ampliación o extensión de los activos
	Developing Finance (DF)	Fórmula de financiación privada que suele incluir el derecho a la explotación comercial del activo como contraprestación al capital privado, pudiendo consistir incluso en la construcción de explotaciones comerciales independientes. Es habitual su combinación con otros esquemas de colaboración
	Tax-Exempt Lease	Otra fórmula de financiación privada únicamente, consistente en derechos de exacción fiscal como contrapartida al sector privado por la aportación de los fondos

	DENOMINACIÓN	DESCRIPCIÓN
PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA CONSTRUCCIÓN, FINANCIACIÓN Y OPERACIÓN	Design, Build and Operate (DBO) + Esquema de financiación DF o Tax-Exempt Lease	El sector privado diseña, construye y explota el activo mediante la operación de los servicios, y lo transfiere al Estado al final del periodo contractual. La financiación se lleva a cabo mediante fórmulas específicas e financiación.
	FRANCHISE / CONCESSION Build, Operate and Transfer (BOT)	El sector público concede al privado el diseño, la construcción del activo y su explotación mediante el derecho al cobro de tarifas a los usuarios por el uso de aquél, transfiriéndose al Estado al final del periodo contractual. En principio incluye la financiación por el privado, aunque la fórmula BOT admite la posibilidad de que la financiación sea pública.
	Build, Transfer and Operate (BTO)/ Build, Own, Operate and Transfer (BOOT)	Variaciones del esquema BOT con similar contenido.
	Design, Build, Finance and Operate (DBFO)	Derivación del modelo BOT incluida en el programa PFI británico, que incorpora en todo caso la financiación privada y la retribución al concesionario mediante pagos de la Administración por la explotación de los servicios complementarios a la infraestructura.

Fuente: Fuertes Fernández (2015: 44)

5. CPP EN LA ACTUALIDAD

Existe una creciente preocupación sobre la viabilidad económica y social de la figura de la privatización. Durante los primeros años del siglo XXI muchos inversionistas manifestaban su descontento con las ganancias que se estaban generando mientras que los consumidores se tornaban escépticos con relación a si las tarifas cobradas eran justas y el servicio adecuado. Varios fracasos como lo fueron el colapso del sistema privatizado de energía eléctrica en California en el año 2000 y la quiebra de la compañía privada de ferrocarriles en Inglaterra en el año 2001, llevaron a muchos a pensar que era el fin de la era de la privatización (Akitoby, Hemming y Schwarts, 2007).

A diferencia del fenómeno cíclico acontecido en el Reino Unido y América Latina, el cual alternaba entre nacionalización y privatización de las utilidades, Estados Unidos logró mantener una presencia significativa del sector privado en la infraestructura a través del siglo XX, lo cual sugiere que la privatización puede ser una solución a largo plazo en algunas circunstancias. Francia también mantuvo privatizadas ciertas utilidades municipales, incluyendo el agua y los desperdicios sólidos, aunque nacionalizó la electricidad, la telefonía, y la compañía de ferrocarril (Gómez Ibáñez, 2003: 2).

Gómez Ibáñez (2003) destaca que en Francia y Estados Unidos las experiencias tampoco fueron totalmente satisfactorias. Durante los años noventa y luego de que se le concediera mayor autonomía a los municipios en Francia, hubo un incremento en la preocupación sobre posible corrupción en el otorgamiento de las concesiones al sector privado.

La base de datos en Canadá sobre proyectos CPP refleja que para el año 2010 existían un total de 32 proyectos de los cuales 17 estaban operacionales, 8

bajo construcción, y 6 en proceso de análisis y selección. En el año 2007, el Concilio Canadiense para las Alianzas Público-Privadas publicó un estudio sobre la reacción del público a dichos acuerdos colaborativos. Dicho estudio reflejó que la ciudadanía apoyaba los acuerdos colaborativos en cuestión (Levy: 347).

No resulta tarea fácil alcanzar un consenso sobre las causas de la actual crisis económica a nivel mundial. Igual ocurre con relación a los procesos de recuperación. Los cambios sociales y económicos deben llevarse a cabo a través de la voluntad y trabajo de la sociedad en su conjunto, incluyendo todos sus agentes. Ciertamente, podemos señalar que el problema no es el gobierno sino la ineficiencia del sistema en el cual éste opera.

En la actualidad, los mercados y las empresas privadas predominan en la actividad económica mundial. Para que las empresas obtengan las capacidades necesarias para ser agentes de transformación y crecimiento económico deben converger en el mercado diversas condiciones o factores. Además de un entorno macroeconómico habilitante, se requiere de incentivos a la búsqueda de nuevas actividades económicas. Las fuerzas de mercado no necesariamente generan en forma espontánea respuestas eficaces frente a todos esos desafíos y por tanto, la regulación gubernamental resulta necesaria. La interrelación entre lo público y privado es evidente, inevitable y seguramente irreversible en el contexto actual. Los gobiernos y las empresas privadas estarán cada vez más asociados dentro de la estructura social, sobre todo mediante diferentes formas de copropiedad y coinversión.

Entre los argumentos a favor de las CPP se encuentra la llamada *solidaridad intergeneracional*, el cual postula que con las CPP se suelen abonar a lo largo de toda la vida de la infraestructura. Otros beneficios que se le reconocen a las APP son los siguientes: (1) liberan fondos públicos para otros usos; (2) reducen el riesgo

que normalmente le correspondería al sector público; (3) aumento en la eficiencia y conocimiento especializado en las operaciones; (4) la reducción en los costes de mantenimiento; (5) acelera la implementación de proyectos de alta prioridad; (6) permite la implementación de nueva tecnología desarrollada por el sector privado; (7) reducción del déficit público; (8) reducción en el número de empleados en el gobierno y; (9) reubicación de fondos en otros proyectos (Levy: 6-7) (Savas: 76).

De igual forma, las CPP han sido objeto de críticas. Los principales argumentos en su contra son: (1) la dificultad de conciliar en un mismo proyecto los intereses del sector privado de rentabilidad y maximización de las ganancias con los objetivos gubernamentales de reducción de pobreza y desarrollo sostenible; (2) una APP entraña el riesgo de que los fondos gubernamentales sean utilizados para subsidiar intereses privados; (3) las APP permiten a las empresas trasladar los costos sociales y ecológicos al sector público participante en la alianza; (4) las APP pueden dar lugar a que ciertas empresas reciban un trato preferencial, pudiendo así ocasionar una distorsión del mercado; (5) las APP pueden constituir un problema en el área de servicios básicos de infraestructura ya que se pueden desatender las necesidades de la población de menos recursos; (6) las APP son costosas y; (7) las APP anulan principios básicos de contratación de empleados gubernamentales (Savas: 78).

La experiencia a nivel mundial ha demostrado que las APP han sido exitosas cuando se utilizan para viabilizar infraestructura económica, como lo son autopistas y puertos. Sin embargo, en el Reino Unido la figura se ha utilizado exitosamente para infraestructura social, como lo son hospitales, escuelas e, instituciones penitenciarias. A diferencia de la privatización total, en las APP tanto el sector público como el privado retienen y juegan un papel importante durante la vida del proyecto ya que ambos sectores se convierten en socios a largo plazo,

usualmente durante un periodo de 30 años. Las consideraciones preliminares que deben permear en el proceso decisional y evaluativo de una APP son el beneficio público que se obtendrá a raíz de dicho negocio jurídico, la eficiencia con la cual el sector privado se involucrará en el proceso ya que nunca se debe presumir que el sector privado será eficiente, la capacidad de dicho sector de darle mantenimiento al activo en cuestión y contrario a la percepción general, la consideración sobre el financiamiento no debe ser el factor determinante a considerar (Ter-Minassian, 2006).

A los efectos de poder alcanzar los beneficios que promete la figura de la APP resulta de vital importancia crear los incentivo apropiados y establecer el andamiaje legal e institucional capaz de viabilizar y asegurar su efectividad. Cuando hablamos de andamiaje legal, nos referimos a los mecanismos para la solución de disputas relacionadas con los contratos. Por tanto, la eficiencia gubernamental y la adecuada operación de la rama judicial resultan imprescindibles a la hora de establecer una APP. Cuando el sistema gubernamental y judicial opera eficientemente se reduce el riesgo de pérdidas tanto para el sector público como para el sector privado. De igual forma, es necesario contar con un personal diestro el cual se encargue de velar por el diseño e implementación de la APP.

Lo antes expresado, cobra gran relevancia ya que en ocasiones el gobierno falla al enfocarse simplemente en el financiamiento de las obras a través de las APP sin embargo pierde de perspectiva que el primer paso en esa dirección debe ser solidificar el sistema gubernamental de manera tal que el mismo pueda viabilizar y garantizar el éxito de la figura objeto de análisis.

En cuanto a la evidencia empírica sobre los proyectos CPP, según dos encuestas llevadas a cabo por el Gobierno Británico, se estima que el por ciento de ahorros asciende a un 17% en proyectos completados, atribuible al no incurrir en

exceso de costos (*cost overruns*) en la fase de construcción. De igual forma, el 80% de los proyectos financiados a través de la figura de las APP cumplieron con la fecha acordada para la entrega, esto en comparación a un 20% en proyectos similares financiados exclusivamente con fondos públicos. El Informe concluyó que la mayor fuente de economía es atribuible a que los riesgos atribuibles a los atrasos y los “*overruns*” fueron transferidos al sector privado. La reubicación efectiva del riesgo es el mayor beneficio de las APP y por tanto es un asunto que debe ser negociado de una manera clara y específica en el contrato (Allard y Trabant: 2).

Más allá de los beneficios económicos antes mencionados, la figura de las APP ofrece el conocimiento especializado y beneficio gerencial del sector privado que en muchas ocasiones está fuera del alcance del sector gubernamental. Sin embargo, este criterio de por sí no necesariamente es suficiente para establecer una APP ya que el Estado o entidad gubernamental puede optar por la contratación del conocimiento especializado o invertir en re-adiestrar el personal existente

CAPÍTULO TERCERO

LA PERSPECTIVA DE LA CPP DESDE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

1. NECESIDAD DE LA REGULACIÓN Y DE LA COLABORACIÓN ENTRE EL GOBIERNO, LAS EMPRESAS Y LAS INSTITUCIONES SOCIALES

A finales del siglo XIX se generalizó en el mundo occidental el modelo político del Estado-nación como principal forma de gobierno y principal protagonista de las funciones públicas. El Estado-nación fue el instrumento utilizado durante el siglo XX para conseguir una cohesión social y prosperidad económica. Los Estados organizaron las Administraciones Públicas, más o menos centralizadas, a las que encomendó la prestación de funciones y servicios públicos. El Estado-nación fue diseñado para ser el guardián de la sociedad civil frente a los ataques externos mediante la defensa y frente a desordenes internos mediante el mantenimiento del orden público. Este fue el planteamiento tradicional del Estado policía (Cruz Ferrer, 2002: 54).

Sin embargo, durante el Siglo XX el Estado-nación se transformó para convertirse en un instrumento de dominación de la sociedad y de la economía, al servicio de la clase política y de modelos más o menos ideológicos. El caso límite se produjo en aquellos regímenes que adoptaron ideologías totalitarias, como el comunismo y el nazismo, que anularon por completo las libertades públicas. En esta época el centro de atención dejó de ser el ciudadano y su libertad para convertirse en el Estado y sus funciones. Los problemas sociales y económicos dejaron de ser problemas de los ciudadanos, para convertirse en problemas de exclusiva responsabilidad de los gobiernos a los que, en consecuencia, se les

otorgaron cada vez más poderes para resolverlos. Esta concepción deparó un Estado dominador. Una de las tendencias que más contribuyó a esta dinámica de dominación fue la concepción del Estado de Bienestar en el cual el Estado debía de atender todas las necesidades de los ciudadanos. De hecho, se generó una mentalidad de que las iniciativas privadas en la esfera social se hicieron sospechosas y consideradas como reaccionarias o discriminatorias. Lo anterior, Cruz Ferrer lo cataloga como el *Estado dominador* (Cruz Ferrer, 2002: 55).

A lo largo de la historia, los gobiernos siempre han pretendido influir o regular la economía mediante la imposición de determinados precios, de condiciones higiénico-sanitaria o del establecimiento de tributos y aranceles. Sin embargo, en el Siglo XIX la concepción mayoritaria consideraba que la función del gobierno en relación con la economía consistía en facilitar el clima adecuado para el crecimiento económico manteniendo estable la moneda, bajos los impuestos y fomentando el ahorro y la inversión. Esta concepción cambiaría de forma radical durante el Siglo XX, desarrollándose diferentes vías de intervención de los gobiernos en la economía. El desarrollo de las infraestructuras y de los servicios con tecnologías de red como los suministros de agua, electricidad, gas, teléfonos, ferrocarriles, etc. y su consideración como monopolios naturales exigió que el gobierno regulara sus actividades y fijara los precios de sus servicios para garantizar servicios públicos de calidad, su adecuada continuidad, así como un beneficio razonable para las importantes inversiones nacionales y extranjeras que el establecimiento de estas infraestructuras y servicios exigían (Cruz Ferrer, 2002: 56-57).

Posteriormente, los enormes riesgos para la seguridad, la salud, y el medio ambiente del desarrollo de la tecnología, así como la presión de los grupos de interés facilitaron un aumento progresivo y constante de la regulación, que en los

años 70 llegó a crear un clima asfixiante para las actividades empresariales. A finales de los años 80 y comienzos de los años 90, la concepción del Estado-nación, de su posición y de sus funciones entró en una profunda crisis, lo cual evolucionó a un proceso inverso de desregulación. En la década de los años noventa (90) se generalizó un consenso en el pensamiento económico de que la liberalización económica y la globalización de los mercados conducirían a una mejora generalizada de las rentas. Sin embargo, según señala Cruz Ferrer (2002), la posterior crisis inmobiliaria y financiera demostró lo contrario. Por ello, según Bruce R. Scott (2001), hoy podemos afirmar con certeza que la política desempeña un papel fundamental en la igualdad o en la desigualdad económica y que la suposición de que únicamente los mercados libres producirán la convergencia económica es equivocada.

El sector gubernamental en ocasiones resulta ser deficiente en el ámbito de la regulación. En algunos países existe el fenómeno conocido como “*regulatory capture*” o la captura del regulador, en el cual el ente regulador termina identificándose mayormente con la industria que regula. En otros países existe una excesiva interferencia gubernamental la cual ha tenido el efecto práctico de una expropiación parcial. Los gobiernos han reconocido como razón adicional para un pobre desempeño en la regulación gubernamental el hecho de que los empleados reclutados para operar el ente regulatorio carecen de las destrezas técnicas necesarias para procurar una regulación económica efectiva (Estache y Rus, 2000).

Las economías necesitan gobiernos fuertes que establezcan orden, seguridad, la libertad y derechos de propiedad como soporte necesario del proceso de liberalización económica. En el caso de Rusia, la liberalización sin el establecimiento de libertades públicas y de derechos de propiedad condujo al gansterismo y no al capitalismo. Por el contrario, China, que ha dispuesto de un

Estado más eficaz, ha logrado posicionarse como una economía en crecimiento. El gobierno es una necesidad vital del hombre y de la sociedad. Sin un gobierno eficaz es imposible alcanzar un desarrollo sostenible, ni en el plano económico ni en el social. Las fuerzas del mercado por sí solas no lograrán superar los sistemas feudales o aquejados de graves problemas de inseguridad o corrupción (Cruz Ferrer, 2002: 62).

Según el Profesor Scott, de la Universidad de Harvard, la supremacía económica europea se forjó inicialmente no por mercados que funcionaban en el vacío, sino por la constitución de Estados sólidos. Asimismo, Fernández Ordóñez (2000: 125) indica que quizá la variable que hoy explica mejor las diferencias en el éxito de las reformas en unos países y en otros es la de si cuentan o no con una administración eficaz y, sobre todo, no corrupta. La corrupción ataca al corazón del funcionamiento de la economía de mercado. La atención de la opinión pública sobre la corrupción se centra en los funcionarios o los políticos que reciben los favores correspondientes. Esto, que tiene interés desde el punto de vista ético o del Derecho Penal, desde el punto de vista del funcionamiento de la economía es mucho menos importante que lo que sucede en el otro lado, en quien paga o soborna.

Fernández Ordóñez (2000: 125) apunta además que no se le da tanta importancia a los favores que recibe quien corrompe. Lo verdaderamente grave de la corrupción, desde el punto de vista económico, es que, puesto que, gracias a la corrupción, el empresario puede ganar dinero con relativa facilidad, deja de dedicarse a su tarea esencial, la de reducir costes y atender a los consumidores, para dedicarse a obtener beneficios económicos a través de sus tratos con los políticos o funcionarios. Por ello, una Administración no corrupta es un elemento esencial que garantiza que la clase empresarial se dedique a las tareas que le son propias y que

asimismo garantiza la no interferencia de la Administración en las decisiones empresariales.

Cruz Ferrer (2002: 65) apunta que la experiencia dicta que los países que más beneficios obtienen de la integración de su economía a nivel internacional son aquellos cuyos gobiernos tienen la capacidad de prestar funciones y servicios públicos eficaces, que permiten establecer economías competitivas y sociedades cohesionadas. La globalización no hace innecesarios a los Estados. Por el contrario, para que las personas y las empresas puedan alcanzar el éxito, explotando las oportunidades de la integración internacional, necesitan Estados a ambos lados de sus transacciones. Los Estados en quiebra, asolados por la inseguridad o la corrupción son clasificados como países de alto riesgo donde no es aconsejable invertir ni realizar actividades económicas. Resulta necesario adoptar una perspectiva equilibrada entre el gobierno, la sociedad y el mercado. Todos y cada uno de los componentes del mercado son imprescindibles y complementarios. Por separado, no pueden funcionar, ni conseguir sus fines. El gobierno es esencial para sentar las bases institucionales que requieren las sociedades y los mercados. Sin embargo, los factores que determinan la eficacia de los gobiernos difieren enormemente de un país a otro según las distintas etapas de desarrollo en que se encuentren.

Ninguna economía puede romper los círculos de la pobreza o continuar un proceso sostenido de crecimiento económico y social si no dispone de servicios de sanidad, de educación, de las infraestructuras de transporte, comunicaciones y energía que permitan que los mercados se desarrollen. En función de las circunstancias económicas y sociales de cada país, resulta imprescindible buscar los marcos regulatorios más adecuados para alcanzar los mejores niveles de inversión y de provisión de estas infraestructuras y servicios. De otra parte, también es

indispensable que el gobierno ejerza su función propia, es decir, que establezca el marco regulatorio, las reglas del juego que deben respetarse, tanto para garantizar la seguridad de las inversiones, como para garantizar el debido nivel de calidad y continuidad de los servicios a los consumidores y usuarios. Al mismo tiempo, los gobiernos no pueden desatenderse de los factores sociales fundamentales (Cruz Ferrer, 2002: 85).

Las reglas a establecerse por los gobiernos deben de fomentar el mercado abierto y la libre competencia. La libre competencia es el conjunto de reglas que permiten que se desarrolle el juego del mercado. Si las reglas se respetan, tanto por los actores públicos como por los privados, el juego se desarrollará con agilidad y dinamismo y su resultado será efectivamente la creación de riqueza. Allí donde hay competencia, la producción es mayor y el uso de los recursos es más eficiente. Desde el Derecho Público, la regulación debe ser el instrumento previo de cualquier actividad pública de intervención en las actividades privadas. En su vertiente económica, la expresión «regulación» se ha venido refiriendo a una de las formas de intervención pública que restringe, influye o condiciona las actuaciones de los agentes económicos por razones de equidad, para alterar la distribución de ingresos o de eficiencia con el fin de mejorar la asignación de recursos. En las regulaciones subyace una versión crítica en cuanto al funcionamiento del libre mercado y de los intercambios voluntarios. En consecuencia, las regulaciones procuran alterar sus resultados a favor de unos u otros, buscando la equidad o la eficiencia (Cruz Ferrer, 2002: 90 y 125).

El ordenamiento jurídico de la economía resulta imprescindible para que los agentes económicos tengan «seguridad jurídica» o certeza respecto de las reglas del juego que deben respetarse en el mercado incluyendo, pero no limitado a, los derechos de propiedad, responsabilidad y la contratación. Una de las funciones

esenciales del Estado es desarrollar la base institucional y el ordenamiento jurídico básico sobre los que descansa cualquier actividad humana. En fin, se puede definir la regulación como el conjunto de normas o de acciones específicas, impuestas por una autoridad pública, que interfieren directamente en el mecanismo de asignación de recursos en el mercado, o indirectamente, alterando las decisiones de demanda y oferta de los consumidores y empresas. Por tanto, la regulación exige un enfoque multidisciplinario (Cruz Ferrer, 2002: 125).

2. LA REGULACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE

A. Marco Conceptual

Los servicios de transporte tradicionalmente han estado sujetos a una regulación económica estricta en lo concerniente a quien entra y sale del mercado, a los precios y en cuanto a la calidad del servicio. En muchos países es el sector público el que diseña, construye y opera las carreteras, la red de ferrocarriles, los aeropuertos y el sistema de puertos. Cuando las infraestructuras de transporte están en manos del sector público estamos ante la máxima forma de expresión de la regulación. Este tipo de intervención gubernamental generalmente ha resultado en costes excesivos que usualmente no coincide con los precios o la calidad del servicio, creando un resultado que tiende a beneficiar a los grandes intereses del sector público entendiéndose, contratistas, la uniones de empleados públicos entre otros, en vez de beneficiar a los usuarios del servicio y/o los contribuyentes. Además, la interferencia política en el establecimiento de precios y en la toma de decisiones laborales usualmente resulta en déficit presupuestario en el sector. Lo antes expresado no significa que el gobierno no es necesario en la sociedad actual, lo que significa es que el ámbito de sus responsabilidades debe de ser re-evaluado a la luz de la situación económica actual (Estache y De Rus: 5).

La mayoría de los países continúan justificando una fuerte intervención gubernamental en los sistemas de transporte por diferentes estrategias locales y políticas a pesar de la frustración con la calidad de los servicios brindados. Generalmente, los gobiernos justifican lo anterior argumentando la necesidad de garantizar el acceso al mercado. Otros países argumentan para justificar su intervención razones económicas de oferta y demanda. En cuanto a la demanda, algunos países han reconocido que los usuarios de los sistemas de transporte se exponen a serios riesgos ya que los bienes y servicios no tienen muchos sustitutos. En otras palabras, la demanda está cautiva de los operadores. El miedo de que los usuarios estén sujetos a abusos de los operadores ha sido la justificación más común para la intervención gubernamental en los sistemas de transporte. Todas las preocupaciones antes mencionadas son legítimas ya que los sistemas de transporte y el acceso a ellos son de vital importancia para el crecimiento económico de un país y para la seguridad nacional de un país. Sin embargo, esto no necesariamente implica que la única solución es que el gobierno brinde el servicio directamente. En este contexto es importante hacer una distinción con las carreteras rurales. Dichas carreteras son fuertes candidatos para mantenerse bajo el dominio gubernamental ya que carecen de demanda y no resultan económicamente atractivas para el sector privado (Estache y De Rus: 6).

Otra razón que justifica el monopolio público o una regulación gubernamental en los servicios de transporte es el argumento de la economía de escala o *economies of scale*, el cual consiste en que para prevalecer en el mercado se requiere de la existencia de un solo operador ya que los costes promedio se reducen en la medida en que el volumen de tráfico aumenta. Por tanto, es costo-efectivo la existencia de un solo operador que maneje la totalidad del tráfico lo cual se traduciría en la reducción de costes. A pesar de que las razones antes mencionadas justifican algún tipo de intervención gubernamental, esto no

necesariamente implica que el gobierno tenga que ofrecer directamente el servicio. Así pues, el rol del gobierno se debe reevaluar y reenfocar en promover la competencia entre los potenciales operadores privados, en vez de regular a un monopolio en la industria de transporte (Estache y De Rus: 7 y 9).

Los gobiernos deben ser capaces de convertirse en reguladores económicos de los servicios de transporte que sean operados por entes privados. Esto es así dado a que en el ámbito de la infraestructura de transporte es común la existencia de monopolios y oligopolios y cuando estamos ante entes privados operando los precios, las inversiones y la calidad a ser brindada por éstos se requiere de una supervisión que procure por los mejores intereses de los consumidores. Con el fin de implementar estas políticas económicas, la mayoría de los países han optado por crear entes regulatorios. El fin u objetivo de estas entidades gubernamentales es procurar que los precios no sean excesivos ni inadecuados, que los servicios cumplan con los estándares de calidad pactados y sobretodo procurar que el gobierno y los inversionistas privados cumplan con los acuerdos del contrato.

Como explicaron Estache y De Rus (2000), se debe integrar al ente regulador durante el proceso preparatorio de la privatización. Es decir, el ente regulador debe participar en el establecimiento de unas normas generales que regirán los acuerdos colaborativos entre el sector público y el privado. Esto, con el fin de incluir en los acuerdos colaborativos derechos y obligaciones que faciliten la fiscalización de las partes. La regulación en el ámbito de la infraestructura de transporte tiene la particularidad que la demanda depende o está sujeta a la actividad económica de una nación y por tanto, es un sector sensitivo a las fluctuaciones económicas de un mercado. Esto tiene como consecuencia que los inversionistas estén atentos a los riesgos inherentes a la transacción en cuestión. Así pues, es menester que el regulador asegure que los inversionistas reciban un trato

justo y una ganancia razonable por su inversión. En la medida en que los inversionistas carezcan de confianza en el ente regulador, procederán a exigir una ganancia mayor que pueda compensar por el riesgo asumido.

Las responsabilidades del ente regulador son diversas y las limitaciones tecnológicas continúan restringiendo el marco de competencia en la infraestructura de transporte. En términos de tamaño, existen unas limitaciones inherentes a la naturaleza misma de las infraestructuras de transporte, como los son la indivisibilidad de bienes, la producción común y la dificultad de almacenamiento. La tarea principal de un regulador es asegurarse que los precios no sean excesivos y que la calidad del servicio cumpla con los estándares del Estado. El regulador debe resolver las controversias según establecido en el contrato de APP y en las leyes habilitadoras de los acuerdos colaborativos entre el sector público y el privado. Las decisiones del regulador deben tener el resultado que se pudiera obtener en un mercado de libre competencia. Lo cual necesariamente implica que el regulador debe enfocarse en la eficiencia, en la reducción de costes, mientras se asegura que las inversiones son consistentes con la demanda y a precios aceptados en el mercado. De igual manera, el regulador debe asegurarse que el operador del monopolio genere una ganancia razonable (Estache y De Rus: 10).

La competencia en el mercado garantiza el libre acceso a la industria y es la oferta y demanda lo que determina los precios y la calidad del servicio. En el ámbito de las carreteras, el mercado se organiza a través de subastas para que los potenciales operadores de los monopolios compitan entre sí por el derecho de ser el único operador del servicio. El reto consiste en diseñar un proceso de subasta que garantice resultados similares a los que se obtendrían a través de la libre competencia. Según Estache y De Rus (2000), desde el punto de vista regulatorio,

los contratos de colaboración entre el sector público y privado deben cumplir con los siguientes requisitos mínimos que faciliten la fiscalización por el ente regulador:

- Descripción de la actividad comercial objeto del contrato: El contrato debe de especificar el servicio a ofrecerse y el mercado a cubrir.
- Exclusividad: El contrato debe ser específico en cuanto a las actividades, servicios y zonas geográficas en las cuales el operador tiene exclusividad.
- Titularidad de los activos y su valoración en el mercado: Es importante obtener una valoración objetiva del bien o servicio objeto del contrato para poder determinar el precio a fijarle al negocio. Este requisito cobra relevancia durante la culminación del contrato ya que la valoración inicial del activo le permitirá al regulador determinar si las condiciones en las cuales el operador privado devuelve el activo cumplen con los términos pactados en el contrato. De igual manera, puede darse la situación de inversiones o mejoras realizadas por el operador privado que no hayan sido amortizadas y requieren compensación. En este contexto, resulta importante incluir en la discusión la estimación de la demanda. La estrategia que comúnmente se utiliza es la de sobre-estimar la demanda con el fin de inflar artificialmente el valor del bien o servicio objeto del contrato. Como mencionáramos antes, esto ha sido la causa principal de las renegociaciones de este tipo de contrato ya que el operador privado durante la vida del contrato se percata que los usuarios no están dispuestos a pagar precios elevados como originalmente se estimó. Para atender este riesgo, durante el proceso de privatización se procura obtener servicios de asesorías de firmas de consultores especializados que lleven a cabo estudios de demanda.

Igualmente, estas compañías están ofreciendo servicios de seguros que respondan ante la eventualidad de que las proyecciones de la demanda resulten insuficientes.

- Duración: Las CPP usualmente son de larga duración ya que no es costo-efectivo realizar una inversión a largo plazo en un contrato de corta duración. La duración ideal es aquella que permita la amortización de la inversión y que a su vez permita generar una ganancia razonable utilizando el precio pactado en el contrato. En la mayoría de los casos, la demanda será variante y no cumplirá con las proyecciones, lo cual llevará a un ajuste en la duración del contrato a través de la renegociación. Es por esto que una posible solución para cierto tipo de actividades es la adopción de contratos de duración variable. El contrato es de duración variable cuando el operador devuelve la carretera al gobierno sólo cuando ha recobrado su inversión. Cuando la demanda es alta la duración del contrato será corta en cambio, si la demanda es limitada el contrato tendrá una duración prolongada. El problema con este tipo de contrato reside en que en la medida en que la ganancia está asegurada el operador privado tiene poco incentivo para mantener la calidad del servicio. Es por esto que en este tipo de contrato es importante establecer requisitos de calidad y penalidades por el incumplimiento con éstas.
- Inversiones y otras obligaciones: Nuevas inversiones usualmente llevan consigo el establecimiento de parámetros técnicos de la inversión. Esto usualmente resulta en que el regulador micro-administre las decisiones de inversión del operador privado. Existe un riesgo de que el gobierno fomente una sobre-inversión en la calidad del servicio

que sea inconsistente con la demanda. Lo anterior, puede resultar en tarifas elevadas que los usuarios no estén dispuestos a pagar. Es importante que el ente regulador monitoree el cumplimiento con la cantidad y la calidad de las inversiones pactadas. Un mecanismo utilizado es la de recurrir a un auditor independiente que evalúe las inversiones llevadas a cabo por el sector privado. De igual manera, se puede utilizar a un ente independiente en los casos de fuerza mayor que provoquen retrasos en la construcción e incumplimiento con los términos pactados.

- Ganancias, tarifas y el régimen regulatorio: Este es el aspecto más complicado del contrato desde una perspectiva económica. Los acuerdos colaborativos deben de ser específicos en cuanto a los precios a ser cobrados por el operador privado. Otro aspecto que debe de acordarse es la moneda a utilizarse y el régimen regulatorio que aplicará.
- Control y sanciones: En la medida en que es el operador privado el que tiene el conocimiento especializado para ejecutar el contrato se debe de dar deferencia y espacio que le permita cumplir con los términos pactados. Un monitoreo excesivo podría afectar negativamente la relación contractual. No obstante lo anterior, es importante que el ente regulador tenga la capacidad de imponer sanciones ante el incumplimiento del operador. Es igualmente importante que se le exija al operador una fianza o garantía de cumplimiento lo cual tendrá un efecto disuasivo. En fin, las sanciones no puede ser tan nominales que el operador las ignore y las cuantifique como gastos operacionales ni

tampoco tan altas que puedan menoscabar la estabilidad económica del negocio.

- Renegociación: Las renegociaciones ocurren frecuentemente y los contratos deben especificar los términos que regirán durante dicho proceso. Usualmente ocurren, como mencionáramos antes, dado a que la demanda es menor a la originalmente proyectada y el operador busca reducir la inversión proporcionalmente. Esta ha sido la experiencia en las autopistas con peaje. Sin embargo, también puede darse el caso en el que la demanda sea mayor a la anticipada y por ende las inversiones deban de adelantarse. En este contexto, el regulador debe fungir como ente fiscalizador cuyo objetivo principal es velar por que se cumplan con los términos pactados y evitar injusticias y enriquecimientos injustos. A manera general, la parte que solicita la renegociación será responsable por las consecuencias económicas que esto acarree. Permitir renegociaciones en términos imprecisos y ambiguos tiene el efecto de menoscabar la competencia lograda a través de la adjudicación de la subasta.
- Resolución de los contratos: En los acuerdos colaborativos suscritos en el sector de transporte debe de plasmarse por escrito si la renovación de las obligaciones será automática. De igual manera debe de pactarse claramente las condiciones en que los activos serán transferido nuevamente al gobierno.

Para establecer un sistema regulatorio efectivo en la infraestructura de transporte, es recomendable que la responsabilidad de regular recaiga en una agencia con independencia, autonomía, *expertise* o conocimiento especializado, y capacidad de fiscalización. Esta agencia debe velar por la protección y bienestar de

los usuarios e inversionistas de una manera justa y transparente. El gobierno puede organizar la agencia reguladora por industria, por sector o de una manera multi-sectorial. Cuando hablamos de una agencia reguladora por industria estamos ante la creación de una agencia distinta para regular las carreteras, otra para los ferrocarriles, etc. En cambio, en las agencias reguladoras por sector se crea una agencia para regular a un grupo de industrias relacionadas entre sí, como lo sería las carreteras, los ferrocarriles y los puertos. A manera de ejemplo, Argentina y Perú tienen una agencia reguladora del transporte (Estache y De Rus: 44).

Finalmente, cuando hablamos de una agencia reguladora multi-sectorial, estamos ante una sola agencia reguladora que atiende la mayoría de las infraestructuras de transporte. Con este tipo de modelo tenemos a Australia, Canadá y Estados Unidos. La mayoría de los expertos opinan que la base más amplia de la agencia multi-sectorial ofrece ventajas sobre las otras alternativas. Una de las ventajas esbozadas es la uniformidad y consistencia en la toma de decisiones a través de los diferentes sectores de la industria. También se señala la maximización de los recursos ya que se comparten los economistas, los analistas, abogados, entre otros recursos necesarios para llevar a cabo la regulación (Estache y De Rus: 44).

Como bien apunta Gómez Ibáñez (2003), Inglaterra estableció una agencia reguladora por cada industria, aunque en el año 1999 las agencias reguladoras del gas y la electricidad se consolidaron. La decisión de los reguladores podía ser apelada a una Autoridad Antimonopolística. En Francia y en sus colonias existe un sistema híbrido municipal en el cual los contratos de concesión cuentan con tribunales administrativos que supervisan las renegociaciones. Dichos tribunales fungen de ente regulador. Este método es utilizado para regular el sistema de acueductos, de desperdicios sólidos y de autobús.

En el año 1887 el Congreso de Estados Unidos creó la Comisión Interestatal de Comercio para regular la industria de los ferrocarriles. Sin embargo, no es hasta los años 30 con la Gran Depresión que las agencias reguladoras proliferan dado que el pueblo había perdido la confianza en el sector privado. Durante el siglo XIX y principios del siglo XX hubo alegaciones en Estados Unidos y América Latina, entre otros países, de que los funcionarios estatales y municipales estaban siendo sobornados por las compañías que se suponen regularan. Esta situación llevó a E.E.U.U. a implementar reformas en contra de la corrupción durante las primeras décadas del siglo XX.

Entre las medidas implementadas para promover la transparencia en los procesos de las agencias reguladoras se encontraba el nombrar a los comisionados por un término fijo y remover el presupuesto de las agencias reguladoras del trámite legislativo tradicional. De igual forma, se le exigió a las agencias reguladoras mayor divulgación de sus procesos decisionales como lo fue llevar a cabo vistas públicas y exigir que las deliberaciones fueran grabadas. En el año 1946 el Congreso de EE.U.U. aprobó la Ley de Procedimiento Administrativo en la cual se especificaba que la agencia reguladora podría establecer una norma siempre y cuando cumpliera con los siguientes requisitos: publicar su intención de establecer una norma, proveerle a la ciudadanía la oportunidad de participar a través de argumentos orales o escritos, y que la agencia ponga por escrito las razones que justifican su determinación y/o norma. (Gómez Ibáñez: 40, 48-49).

La experiencia pasada ha demostrado la importancia de una efectiva regulación. La necesidad es aún mayor cuando estamos ante las infraestructuras de transporte debido a la existencia de monopolios naturales y las limitaciones en la competencia que tiene este mercado. El ente regulador debe lograr un balance entre los incentivos otorgados por el gobierno y los riesgos asumidos por el sector

privado de manera tal que se logre una conducta productiva de todas las partes contratantes. Reconocer la posibilidad de fraccionar los servicios de transporte para aumentar la competencia en el sector es de vital importancia para lograr acuerdos colaborativos exitosos. Las tareas de un ente regulador no son sencillas. Limitaciones tecnológicas pueden incidir sobre el nivel de competitividad del sector. De igual manera el regulador debe ser capaz de distinguir entre diferentes bienes y servicios en diferentes circunstancias con el fin de poder identificar discrimen en el establecimiento de tarifas, entre otras prácticas anticompetitivas. El mayor obstáculo que enfrenta el regulador es que la información requerida para identificar prácticas desleales o anticompetitivas está en la custodia del operador privado quien tiene pocos incentivos para divulgársela al regulador.

B. Monopolios Naturales

Un monopolio surge cuando un solo vendedor sirve un mercado y no existe competencia con otros proveedores del servicio. La fuerza del mercado se define usualmente como la capacidad de una compañía de subir los precios de sus productos por encima de sus costos sin perder muchas ventas. Un monopolio puede crear confusión ya que la presencia de un solo vendedor no es una condición necesaria ni suficiente para una fuerza de mercado deficiente. A manera de ejemplo, aun cuando exista un solo vendedor éste puede estar impedido de aumentar sus precios por encima de sus costos si considera que dicha conducta fomentaría que otras compañías entren al mercado a competir. Igualmente, aun cuando hayan pocos vendedores en el mercado, éstos podrían encontrar la manera de confabularse con el fin de limitar la competencia (Gómez Ibáñez: 6).

Gómez Ibáñez (2003) identifica dos condiciones necesarias para que una compañía tenga poder de mercado. La primera, es la presencia de algún tipo de barrera que prevenga a otros competidores de entrar al mercado a competir. Dichas

barreras pueden ser creadas por el gobierno, por las compañías o pueden ser inherentes a la tecnología de la industria. La segunda condición es que existan pocos sustitutos para los bienes o servicios en cuestión. Aun cuando haya barreras para acceder a la industria, la compañía que sirve el mercado no tendrá mucho poder sobre los consumidores en la medida en que éstos puedan obtener un sustituto a su producto fácilmente. Un monopolio natural es la barrera de acceso de mayor relevancia en la infraestructura.

Según discutido anteriormente, en el ámbito de la infraestructura existen monopolios naturales, es decir, cuya inversión es inmueble, de larga duración y no resulta costo-efectivo la proliferación del servicio. En la infraestructura se da un fenómeno híbrido en el cual se pueden combinar el monopolio natural y la competencia. A manera de ejemplo, en la industria de los ferrocarriles, existe un monopolio natural sobre las rutas y los rieles ya que no es efectivo la existencia de varias rutas en la misma dirección. Sin embargo, puede existir competencia en otras áreas o niveles de producción como lo sería la operación y administración de los vagones, concesionarios, etc. En este escenario el gobierno pudiera enfocar su regulación en el monopolio natural y permitir la libre competencia que se encargue del resto de la industria, siempre bajo un monitoreo gubernamental constante ya que el gobierno debe procurar una adecuada coordinación entre las diferentes áreas de la industria que estarían compitiendo en aras de lograr una armonía operacional que resulte en ganancias para todas las partes involucradas en el negocio, entendiéndose, la empresa privada, el gobierno y la ciudadanía. Usualmente esta coordinación debe plasmarse en un acuerdo contractual (Gómez Ibáñez: 247-248).

Existen varias alternativas para atender el asunto de los monopolios en el área de la infraestructura. Primeramente tenemos los contratos privados entre compañías de infraestructura y los consumidores. En dicha categoría el mercado

tiene mayor participación y la política un rol más limitado. Una ventaja de los contratos entre entes privados es que éstos pueden establecer claramente los acuerdos alcanzados. La efectividad y/o cumplimiento de dichos acuerdos dependerá de que el negocio jurídico en cuestión se redacte de manera completa lo cual significa que atienda todos los posibles escenarios que las partes contratantes puedan enfrentar durante la vida del mismo y que exista un sistema de justicia efectivo en donde las partes puedan acudir si entienden se les han violentado sus derechos. De igual manera, los contratos entre partes privadas permiten que las fuerzas del mercado controlen los servicios de infraestructura. Bajo este esquema las partes tienen la libertad de negociar los costos, servicios y ganancias en la industria. En cambio, bajo los contratos de concesión y la regulación discrecional, la agencia reguladora usualmente le permite a la compañía de infraestructura ofrecer un servicio limitado ya que esto le permite a la agencia mayor fiscalización. Sin embargo, dicha restricción puede imponer limitaciones a la innovación. La desventaja de los contratos privados puede ser el riesgo a que se redacte de manera incompleta y los altos costos de negociar los contratos con muchos consumidores pequeños (Gómez Ibáñez: 27-29).

Otra alternativa para atender los monopolios en el área de la infraestructura son los acuerdos colaborativos entre el sector público y el sector privado, comúnmente el contrato de concesión. Bajo este esquema el Estado le asigna a una empresa privada la concesión o franquicia para proveer un servicios específico de infraestructura por un periodo limitado de tiempo, típicamente de diez (10) o veinte (20) años. El contrato de concesión debe contener los servicios a ofrecer y la tarifa máxima a cobrar por ellos. Bajo este esquema el gobierno monitorea el desempeño del concesionario para asegurar el cumplimiento con lo pactado en el contrato. Ninguna parte debe de alterar unilateralmente los términos del contrato. En este

tipo de acuerdo el gobierno representa al consumidor al determinar el balance a pactar entre precio y calidad de servicio (Gómez Ibáñez: 11-12).

Los contratos de concesión mantienen la característica de un contrato comercial y alguna influencia de las fuerzas del mercado mientras elimina la dificultad de negociar con muchos consumidores pequeños. En este tipo de contrato las fuerzas del mercado participan en la medida en que el concesionario se otorga a través de la competencia entre posibles suplidores. No obstante, dicha fuerza es limitada ya que el gobierno representa a los consumidores y éstos no participan directamente (Gómez Ibáñez: 29-30).

Una tercera alternativa para atender el tema de los monopolios en la infraestructura son los diferentes tipos de regulación, tema que discutiremos más adelante. En la práctica se dan esquemas híbridos que combinan la contratación entre privados, las colaboraciones público-privadas y la regulación. Finalmente, tenemos la alternativa de proveer los servicios de infraestructura a través de una entidad pública o sin fines de lucro. Aún en este modelo, la empresa privada podría participar como contratista del gobierno. No obstante, estos contratos son más limitados en su alcance y duración que los contratos de concesión. En fin, el gobierno tiene un poder que los mercados no tienen y es la facultad de obligar a las personas a realizar cierto tipo de conducta. Sin embargo, el gobierno no debe abusar de dicho poder ya que podría traer consecuencias negativas. En el campo de los monopolios la intervención gubernamental dependerá de la forma contractual que se escoja para proveer el servicio (Gómez Ibáñez: 13).

C. Tipos de Regulación

Entre los diferentes tipos de regulación que existen, Gómez Ibáñez (2003) destaca la regulación discrecional del Estado o *discretionary regulation* la cual ha

sido utilizada extensamente en Inglaterra y Estados Unidos y se ha aplicado en varios países en desarrollo. La regulación discrecional implica la creación de una agencia reguladora con el poder de unilateralmente establecer la tarifa y el estándar de servicio que deberá cumplir el sector privado. La legislación habilitadora de dicha institución debe establecer los principios y consideraciones a tomar en cuenta al momento de pautar las normas a seguir en la industria. La decisión de la agencia usualmente se puede apelar en tribunales de justicia bajo el argumento de que no se han cumplido con las guías estatutarias. Cabe destacar, que dichas guías estatutarias son generales, en cambio, el lenguaje pactado en los contratos de concesión es específico y detallado. La regulación discrecional también es conocida por algunos académicos como la *regulatory commission* o comisión regulatoria ya que originalmente este tipo de regulación era implementada en Estados Unidos por comisiones de 3 a 7 miembros que decidían los asuntos por la votación de la mayoría.

Una ventaja de este tipo de regulación es que es flexible y permite la adaptación a circunstancias cambiantes y no-previsibles. En este tipo de enfoque, al ente regulador se le concede discreción para establecer precios y estándares de servicio a las compañías reguladas. Este tipo de regulación reduce las fuerzas del mercado. No obstante, la libre competencia sigue operando en la medida en que el capital privado no invertirá si el ente regulador actúa de manera irrazonable. Al igual que en los contratos de concesión, el ente regulador representa los intereses de los consumidores. Sin embargo, a diferencia de los contratos de concesión en la regulación discrecional no existe un proceso de competencia a través de subasta para asegurar el mejor postor.

Otros tipos de regulación que Gómez Ibáñez (2003) destaca lo son la regulación del costo de servicio o *cost-of-service* desarrollada en Estados Unidos y

la regulación que establece un tope en los precios o “*price-cap*” implementado en el Reino Unido. Bajo la regulación del costo de servicio desarrollada en E.E.U.U., el ente regulador establece tarifas lo suficientemente altas para cubrir los costes de una empresa eficiente, lo cual incluye gastos operacionales y una ganancia de capital razonable. Para llevar a cabo este cómputo, el ente regulador necesita obtener suficiente información financiera de la empresa. Muchas de estas decisiones son complicadas de tomar aún por la propia empresa lo cual complica aún más el escenario para el ente regulador.

El profesor británico Stephen Littlechild desarrolló el método alternativo de regulación basado en establecer un tope en el precio o *price-cap* dado que entendía que la alternativa de regulación de costo por servicio ofrecía pocos incentivos para que las empresas alcanzaran su nivel óptimo de coste-efectividad en la medida en que la empresa que redujera sus costos tenía la consecuencia directa de que la entidad reguladora le reducía la tarifa. El tope en el precio o “*price-cap*” establece revisiones periódicas de los precios, usualmente cada cinco (5) años, y establece una fórmula que crea un tope en el aumento anual en la tarifa permitido entre cada revisión formal (Gómez Ibáñez: 217, 220).

Dicho esquema toma en cuenta el impacto que puede tener la inflación en la tarifa básica y resultó exitoso ya que creaba un incentivo para mejorar la eficiencia de las empresas. No obstante, este método de regulación no promovía la inversión. A manera de ejemplo, cuando un operado no tiene competencia mantendrá los precios al nivel más alto posible que los usuarios estén dispuestos a pagar, usualmente por encima de una ganancia razonable. Lo anterior no lleva a plantearnos, ¿cuán alto debe ser el límite en el precio? La respuesta a esta interrogante va a depender de la política pública existente en el país. Ciertamente,

debe ser un precio que esté por encima de los costos marginales y operacionales (Estache y De Rus: 10-11, 31).

Lo anterior, resulta difícil de conciliar ya que el regulador debe contar con amplia información financiera que usualmente el operado no está dispuesto a brindar. Así pues, es menester que como parte del acuerdo colaborativo se establezca claramente la información financiera que el operador privado debe proveer al regulador. Lo importante es que se le provea al operador privado, con antelación a que se suscriba el contrato, una debida notificación acerca de los límites en el precio a fijarse, si alguno, la fórmula para llegar a la cifra en cuestión y la información financiera que el operador debe proveer al regulador durante la vida del contrato. En la medida en que el Estado interese mayores ganancias para el fisco, debe de permitir ganancias elevadas para el operador privado.

3. LA TEORÍA DE LA COLABORACIÓN

En los últimos años ha sido necesario reflexionar sobre el papel del Estado en el crecimiento económico. Los exponentes de la teoría neoclásica argumentan que una relación cordial entre el sector público y privado es posible y se logra al envolver el uso de la inversión pública de forma tal que sirva como complemento de la inversión privada en lugar de competir contra ella.

Las principales razones para la colaboración son la amenaza de una autoridad, la coincidencia de objetivos o los intereses particulares (McQuaid, 2000: 26). Las iniciales posiciones filosóficas de Hobbes (1651) en el siglo XVII consagraron la idea de la práctica imposibilidad de cooperación humana sin la existencia de una autoridad externa fuerte que la impusiera y controlara. Tales postulados tuvieron su continuación en las teorías de Adam Smith o Darwin sobre la competencia entre los individuos y, sobre tal base

teórica, se concibe la colaboración forzosa o inevitable, en tanto, que es únicamente a través de la coacción o control externo de una autoridad superior que puede producirse un acuerdo colaborativo entre individuos (Fuertes Fernández: 54).

El propósito u objetivo para colaborar puede ser variado: obtener recursos extra, crear un proyecto u organización, aprovechar sinergias y recursos diferentes o transformar uno o más participantes en una organización a través de mecanismos que permitan una acción más efectiva (Hastings, 1996: 253-268; Mackintosh, 1992: 210-224). Las motivaciones implícitas en toda colaboración son también relevantes y pueden ser diferentes en cada uno de los participantes si bien no necesariamente deben ser excluyentes. En todo caso, los conflictos derivados de la colisión de objetivos dentro de un esquema de colaboración son frecuentes y, a fin de evitarlos, es esencial una postura transparente por parte de los sujetos implicados acerca del motivo que les impulsa a participar y los objetivos que esperan obtener con la colaboración (McQuaid, 2000: 14).

Según Fuertes Fernández (2015: 61), en algunos casos la colaboración se convierte en un objetivo en sí misma, esto es, las partes pueden llegar a renunciar a algunos de sus objetivos a corto plazo en beneficio del mantenimiento de la propia relación de colaboración contando con las expectativas que ésta supone de cara a un futuro a largo plazo. Igualmente, con esta finalidad las partes pueden mantener la colaboración mutua a pesar de un cambio de circunstancias que altere o impida los objetivos inicialmente perseguidos con el ánimo de obtener de la colaboración otros frutos en el futuro. La consecución de una relación colaborativa o su mantenimiento se convierten así en el propio objetivo de la colaboración.

La doctrina ha elaborado el concepto de la “*ventaja colaborativa*” (Huxhan y Vangen, 2000: 293-310) que se refiere a las ventajas que los miembros de una

organización pueden obtener cuando entablen una relación de colaboración con otra organización y que únicamente tienen lugar cuando lo que se puede conseguir no se podría conseguir sin la colaboración (Huxhan y MacDonald, 1992; Huxhan, 1996). A este respecto, McQuaid (2000: 19-21) identifica como posibles beneficios de un esquema *PPP* la obtención de recursos, la eficiencia, la legitimidad y evitar conflictos.

A su vez, Jennings y Krane (1994: 341-348) destacan tres diferentes barreras potenciales en la coordinación de programas o proyectos entre agencias trabajando conjuntamente: 1) organizativas, que incluyen diferencias en los objetivos, orientaciones, procedimientos o estructuras, 2) técnicas legales, relacionadas con el marco regulatorio o estatutario, capacidad tecnológica y praxis operativa, y 3) políticas, tanto el escenario político externo como la burocracia o política interna.

En la doctrina anglosajona el concepto de concesión evolucionó hacia una fórmula más cualificada y representativa del espíritu estadounidense protector y promotor de la iniciativa privada mediante la intensificación del componente colaborativo existente en la concesión clásica, esto es, el comportamiento leal entre las partes para el éxito de la relación, el interés común que debe alcanzarse de forma compartida, y que la distinguía de los simples contratos de externalización (Fuentes Fernández: 490). De esta forma, los *PPP* anuncian una nueva era en la colaboración entre los sectores público y privado en los diferentes niveles de gestión pública (Mohr, 2004: 235) y han sido considerados como la última forma institucional de colaboración entre los sectores público y privado (Savas, 2000: 3).

La relación que configura los *PPP* está cimentada en la confianza y establece términos de igualdad entre las partes del contrato durante largos plazos, en ocasiones superiores a los 30 años (Greve y Ejersbo, 2002: 3). El éxito de los

PPP, por tanto, dependerá de la existencia de una relación exitosa entre los participantes que permita el esfuerzo conjunto para la consecución de objetivos en ocasiones conflictivos entre sí, los cuales se pueden resumir en que la autoridad procurará recibir más rentabilidad por su inversión, los usuarios unos servicios de calidad y los socios privados un razonable rendimiento por sus inversiones (UK Nacional Audit Office, 2001).

Los *PPP* pasan así de lo que era una simple forma contractual, la concesión, a concebirse como una nueva forma de relación entre los sectores público y privado en toda su extensión. Esta “*dimensión colaborativa*” estará presente con independencia de cuál sea la fórmula utilizada para articular el contrato, siendo en muchos casos habitual el uso de la concesión como esquema más representativo pero no el único. Este proceso de evolución se reprodujo de forma natural en aquellos países con un sistema jurídico de tipo angloamericano presidido por el uso del *Common Law*, principalmente Australia, Nueva Zelanda, Canadá y Sudáfrica, si bien, la realidad es más compleja por el diferente alcance terminológico que en cada país tiene la palabra *PPP*. Así, en Australia, Nueva Zelanda y Sudáfrica el término *PPP* se identifica exclusivamente con los esquemas basados en el modelo *BOT* que incluyen la financiación privada, denominados *DBFO*, y que se incluyeron en el programa de financiación privada de infraestructuras y servicios públicos desarrollado por el gobierno británico con el nombre de *Private Finance Initiative* (Fuentes Fernández: 52).

En cuanto a la estructura de la colaboración, la estructura más rígida suele ser un contrato legalmente regulado y que se aplica normalmente a aquellos acuerdos cuyo objeto incluye algún tipo de transacción comercial directa. En estos casos, el *PPP* se desarrolla con arreglo a unas bases legalmente establecidas en las que se enmarcan los contratos o acuerdos específicos entre las partes para el

establecimiento de las obligaciones y derechos de cada una así como los *inputs* o acciones que formarán el objeto de la colaboración (McQuaid, 2000: 15). Esta ausencia de flexibilidad, sin embargo, no está exenta de riesgos en lo que se ha venido a denominar en Estados Unidos «la cultura del contrato» que puede desembocar en prácticas burocráticas de acumulación de documentos y procedimientos largos y costosos (Gutch, 1992). Ello conduce además a reducir la colaboración voluntaria ya que cada organización busca protegerse de las consecuencias legales de un incumplimiento de los términos del contrato incluso aunque la situación haya cambiado y pudiera llevarse a cabo una actuación distinta y más apropiada (Gutch, 1992). Así, la excesiva rigidez de los contratos puede poner en jaque la esencia misma de la colaboración y atentar contra la posibilidad de que la relación colaborativa de confianza mutua (Fuertes Fernández: 67).

En fin, los *PPP* y su teoría de la colaboración pueden contribuir a una mayor eficiencia y efectividad, especialmente a largo plazo, a través de la creación de un escenario de estabilidad y confianza para las partes, las economías locales y los potenciales inversores, resultando un mecanismo útil para el desarrollo local y el crecimiento económico de las comunidades (McQuaid, 2000: 21).

A. La tercera vía: colaboración y sinergia entre el gobierno, la sociedad y el mercado

El progreso y el desarrollo económico dependen de que el esfuerzo individual y colectivo se organice de manera adecuada en función de las circunstancias de cada momento y lugar. Según explica Cruz Ferrer (2002), los planteamientos comunistas y socialistas, que atribuyen la iniciativa y los recursos al gobierno, impiden el ejercicio de la libertad, la creación de riquezas y la

innovación. Pero los planteamientos liberales, que prescinden del gobierno, no facilitan la igualdad de oportunidades y generan inseguridad, desorden y falta de cohesión social. El gobierno es *imprescindible* para establecer el orden y la seguridad y para mover la cohesión social. Los mercados son necesarios para generar riquezas, innovación y una asignación eficiente de recursos. La sociedad, la familia, las asociaciones, y las iglesias son *imprescindibles* para la formación y el desarrollo de los aspectos fundamentales de la persona donde no puede llegar el gobierno ni el mercado. Resulta necesario, por tanto, desarrollar una tercera vía de análisis entre las propuestas simplistas y adoptar una perspectiva equilibrada entre el gobierno, la sociedad y el mercado. Todos y cada uno son imprescindibles y complementarios. Por separado no pueden funcionar ni conseguir fines (Stiglitz 2001).

Así pues, el tercer sector representa a la sociedad civil y abarca cualesquiera organizaciones, asociaciones o comunidades, con independencia de su naturaleza jurídica, que agrupen de forma voluntaria intereses legítimos de la sociedad (Moulton y Anheier, 2000; Ross y Osborne, 1999: 49-61; Salamon, 1996).

CAPÍTULO CUARTO

LA REGULACIÓN DEL TRANSPORTE TERRESTRE

1. CONTEXTO GENERAL

La infraestructura tiene características especiales que tradicionalmente han justificado o fomentado el involucramiento del Gobierno. La infraestructura tiene un carácter imprescindible ya que fomenta el capital social básico para el crecimiento económico. No hay posibilidad de crecimiento económico sostenido sin infraestructuras de transporte, de energía y de comunicaciones que permitan consolidar y solidificar los diferentes sistemas de producción, distribución, comercialización y consumo (Cruz Ferrer, 2002: 43).

Según señala Cruz Ferrer (2002), la economía mundial se ha ido vertebrando en torno a tres tipos de infraestructura. En primer lugar a través de los transportes por carretera, fluviales, ferrocarriles, líneas aéreas, etc. El segundo tipo son las infraestructuras energéticas: las redes eléctricas, los gasoductos, los oleoductos, etc. El tercer tipo son las infraestructuras de comunicación: los sistemas postales, la radio, la telefonía fija y el celular, los satélites y todas las demás maneras en que las sociedades, empresas y consumidores se comunican entre sí. Al tratarse de industrias con tecnología de red, si no se realizan estas interconexiones, por mucho que se lleven a cabo reformas en el ámbito económico y/o normativo, el aislamiento de las redes impedirá que los mercados continentales sean una realidad. En apoyo de lo anterior, el Tratado de la Unión Europea incorporó una política específica dedicada a las redes transeuropeas de transportes, energía y comunicaciones.

Según Levy (2011), las naciones industrializadas a nivel mundial típicamente invierten más del 1% del producto interno bruto en el sector de las carreteras. Las naciones industrializadas más grandes invierten 0.4% del producto interno bruto en el mantenimiento de las carreteras y el 1.3% en nuevas construcciones.

El término «infraestructura» significa *infra* representativo de debajo y estructura. Por tanto, cuando hablamos de infraestructura usualmente nos referimos a servicios o facilidades que se encuentran debajo de la estructura como lo son tuberías de aguas o de energía o que se encuentran en la superficie como por ejemplo las carreteras y los ferrocarriles. Todas estas industrias envuelven unas redes o *networks* que distribuyen productos o servicios sobre espacios geográficos determinados y en muchos de los casos las inversiones son a largo plazo y sobre bienes inmuebles (Gómez Ibáñez: 4).

Como destacamos anteriormente, el desarrollo de las infraestructuras con tecnología de red en las que no pareció posible el desarrollo de la competencia por ser monopolios naturales, ha constituido un sector troncal y clave para el desarrollo de la teoría de la regulación. Los servicios públicos de energía, transporte y comunicaciones constituyen el capital social básico del que dependerá el desarrollo de un país. Por ello, la inversión, construcción de infraestructuras y el ofrecimiento de dichos servicios debe ser estimulado por los gobiernos (Cruz Ferrer, 2002: 129).

De igual forma, ya discutimos que preocupaciones monopolísticas tienden a fomentar que los gobiernos mismos provean los servicios o que regulen los precios y la calidad de los servicios que ofrecen las compañías privadas de infraestructura. Una segunda preocupación que motiva la participación de los gobiernos es la dificultad de crear el derecho de paso requerido para una red de infraestructura. Es decir, los ferrocarriles, autopistas, la energía eléctrica y la telefonía requieren

derechos de paso extendidos, lineares y contiguos los cuales serían difíciles de crear sin la facultad del Estado de expropiar propiedad para uso público. Ante la ausencia del poder de expropiación del Estado, los dueños de terrenos aledaños podrían requerir altos precios por parcelas necesarias para establecer la infraestructura. Es por esto que los gobiernos usualmente utilizan su poder de expropiación en beneficio de las compañías de infraestructura o permiten que dichas compañías coloquen sus líneas y/o tuberías en carreteras públicas o conceden derechos de paso en propiedades públicas (Gómez Ibáñez: 4-5).

Según Gómez Ibáñez (2003), un factor adicional que justifica la participación del gobierno en algunos tipos de infraestructura, son los beneficios que estos servicios pueden generar que trascienden sus usuarios inmediatos. A manera de ejemplo, la calidad del agua protege al público en general de posibles enfermedades que sean contagiosas y pongan en riesgo la salud de la ciudadanía en general. Asimismo, un alumbrado efectivo podría evitar cierto tipo de actos criminales y/o accidentes.

El desarrollo económico y la equidad son dos consideraciones adicionales que justifican la participación del Estado en la industria de infraestructura de un país. Esto es así ya que la infraestructura es vista como un ingrediente para el desarrollo económico local. Igualmente, asegurar un acceso universal a niveles básicos de servicios de infraestructura tiene relevancia en el tema de los derechos de los ciudadanos a igual acceso a ciertos servicios básicos. Una justificación final para que los gobiernos participen en la industria de la infraestructura es para reducir problemas ambientales. En la medida en que los no-usuarios de los servicios estén en riesgo, el gobierno estará obligado a regular dichos servicios en protección del público en general. En la mayoría de los países, los encargados de regular el asunto de seguridad ambiental son distintos a los que regulan los asuntos monopolísticos.

Dicha distinción surge para evitar posibles conflictos de intereses entre el establecimiento de tarifas y los estándares salubristas y de seguridad (Gómez Ibáñez: 6).

2. CUESTIÓN CONCEPTUAL

La infraestructura se define como la gama de servicios que deben existir en el sistema económico para facilitar los distintos procesos que realizan el sector privado y el sector público. Algunos de estos son: carreteras, sistemas de acueductos, abastos de energía. La infraestructura representa uno de los renglones mayores en la partida de gastos de cualquier país, entre 1/3 a 1/2 del gasto público. La infraestructura impacta positivamente a la sociedad en la medida en que: (1) contribuye al crecimiento económico, actuando a través tanto de la oferta como de la demanda. El contar con infraestructura adecuada promueve la productividad del sector privado; (2) contribuye a aumentar la calidad de vida creando mejores accesos que equivale a ahorros de tiempo (puentes, carreteras, etc.); (3) sirve de herramienta de gran valor para organizar y planificar de forma lógica los servicios y adecuarlos más a las necesidades actuales. El contar con mejores servicios, medios de transporte y comunicación, nos ubica en una mejor posición para competir y atraer inversión extranjera (Avilés Burgos: IX, 48-49).

El derecho al desplazamiento significa que el hombre tiene derecho a trasladarse de un lugar a otro. El derecho al desplazamiento debe abarcar no sólo el de la propia persona, sino también el de sus cosas. Las sociedades europeas contemporáneas se mueven en una difícil coyuntura en materia de infraestructura, y particularmente en relación con las de transporte ya que hay cada vez más exigencias por parte de la ciudadanía y de los sectores económicos para disponer de un número superior y de mejor calidad para mejorar su competitividad. No obstante, existen dificultades financieras por parte de los entes públicos para

asumirlas por el ingente coste que lleva su construcción y su mantenimiento (Mapelli: 17).

Muchos proponentes de la privatización en el sistema de infraestructura visualizan el problema como uno de establecer reglas justas y estables que regulen la relación entre el gobierno y los proveedores de infraestructura del sector privado. Cuando hablamos de infraestructura hay que tomar en cuenta que se requiere del sector privado una inversión costosa y a largo plazo en carreteras, plantas de energía eléctrica, telefonía, etc., de la cual el inversionista no se puede deshacer ante el supuesto de que el gobierno cambie las reglas del juego (Gómez Ibáñez: 2).

Los proyectos de infraestructura público-privadas se pueden financiar de forma exclusivamente pública, exclusivamente privada o una combinación de ambos. Con el financiamiento público, es el gobierno el que provee el financiamiento mediante emisión de bonos o préstamos. Esta deuda se pagará de los ingresos del proyecto. Este tipo de financiamiento puede aumentar el acceso a deudas exentas de impuestos y garantías gubernamentales, reduciendo los costos del financiamiento del proyecto. Este financiamiento se utiliza mayormente en aquellos proyectos con oportunidades comerciales limitadas. Bajo el financiamiento privado, el privatizador asume los costos totales del proyecto y la deuda se paga de igual forma de los ingresos del proyecto.

Para que un bien o servicio de transporte sea atractivo para el sector privado el mismo debe ser excluyente lo cual implica que el operador privado tenga la capacidad de poder excluir a los potenciales usuarios que no estén dispuestos a pagar por el acceso a la infraestructura en cuestión. El sistema de autobuses, los peajes de alta demanda, los puertos y aeropuertos cumplen con estas exigencias. En cambio, una carretera rural no cumple el criterio antes mencionado ya que no tiene demanda. En este sentido, se podría negociar que el operador privado brinde el

servicio a una carretera rural a cambio de algún tipo de incentivo (Gómez Ibáñez: 2).

Estudiosos de la materia proponen que es crucial el reconocimiento de la posibilidad de separar los servicios de transporte o *unbundling*. Para fomentar la inversión privada en la infraestructura, el gobierno usualmente tiene que acordar ciertas tarifas, entre otros términos contractuales, que le provean al inversionista una ganancia razonable. Una vez la inversión ya está hecha el gobierno se verá tentado a ceder ante presiones populares para que se reduzcan las tarifas o incumplir con otros compromisos alcanzados en el contrato. Dicha conducta resultaría problemática ya que evitaría que el inversionista renueve y/o amplíe las facilidades objeto del contrato (Gómez Ibáñez: 2-3).

En un número cada vez mayor de países se han creado APP para promover la oferta de activos y servicios de infraestructura por parte del sector privado. Las experiencias acumuladas en diferentes países parecen indicar que la infraestructura económica por ejemplo, transporte, es generalmente un ámbito más propicio para la creación de este tipo de asociaciones que la infraestructura social por ejemplo, salud y educación, por tres razones principales. Primero, los proyectos sólidos encaminados a resolver limitaciones evidentes de la infraestructura –como carreteras, ferrocarriles, puertos y electricidad– probablemente tengan altas tasas de rentabilidad económica y por ello resulten atractivos para el sector privado. Segundo, a menudo el cobro de tarifas a los usuarios resulta más factible y además más conveniente en los proyectos de infraestructura económica. Tercero, por lo general los proyectos de infraestructura económica cuentan con un mercado más desarrollado para combinar la construcción con la prestación de servicios conexos que la explotación y mantenimiento de la infraestructura social. Si bien las APP pueden atenuar las restricciones fiscales que limitan la inversión pública en

infraestructura, también pueden ser utilizadas para eludir los controles sobre el gasto y trasladar la inversión pública fuera del presupuesto y la deuda fuera del balance del gobierno. Cuando esto sucede, el Estado puede tener que soportar la mayor parte del riesgo que entrañan las APP y quizás tener que enfrentar considerables costos fiscales en el mediano y largo plazo (Akitoby, Hemming y Schwarts: 10-11).

Cada proyecto enfrenta diferentes tipos de riesgos. La experiencia de los pasados 10-15 años refleja que los riesgos son reales. Varios estudios demuestran que en la mayoría de los casos las cosas no ocurren de la manera en que se planifican. De acuerdo con Guasch, el 75% de los contratos de transporte en América Latina fueron renegociados. De igual manera, Flyvbjerg, entre otros, han documentado que el problema es igualmente importante en los países desarrollados. El riesgo debe ser un factor importante a considerar en todas las etapas del proceso. En proyectos nuevos, la fase de construcción es la que envuelve el mayor riesgo. El otro tipo de riesgo está relacionado con la cualificación de los licitadores. Específicamente, cuando éstos no cuentan con la experiencia, los recursos financieros y humanos para completar efectivamente el proyecto. Dicho riesgo se debe atender a través de una adecuada pre-cualificación de los licitadores. En los proyectos de transporte, es el Gobierno el que debe asumir los riesgos relacionados al cumplimiento ambiental preliminar al proyecto, es decir, lo relacionado a las adquisiciones de tierras y facilitar la obtención de las licencias requeridas (Estache, Juan y Trujillo: 10-12).

En el caso particular de los proyectos de peajes, durante la última década ha sido un problema recurrente la sobreestimación de las proyecciones del tráfico a transitar por la vía de rodaje en cuestión. El volumen del tráfico es muy sensitivo al ingreso y al crecimiento económico. Por tanto, llevar a cabo una proyección

conservadora y realista del tráfico resulta imperativo en aras de evitar una renegociación ante la realidad de que no se cumplan con unas expectativas infladas e irreales (Estache, Juan y Trujillo: 12-13). De otra parte, puede ocurrir que el proyecto genere mayores ganancias que las proyectadas. Razón por lo cual, es recomendable establecer topes en las ganancias a generar por el sector privado y pactar que el exceso revierta al Estado (Levy: 43).

Según señalan Estache, Juan y Trujillo (2007), en algunas concesiones de carreteras en Méjico, el volumen del tráfico alcanzó sólo una quinta parte del tráfico proyectado. En Hungría, la carretera *MI Motorway* atrajo sólo el cincuenta por ciento del tráfico proyectado en su primer año de operación. En Washington el proyecto de la carretera conocida como *Dulles Greenway* sólo atrajo una tercera parte del volumen diario anticipado. Aún luego de una reducción de la tarifa, sólo se recobró dos terceras partes del volumen anticipado. Cabe señalar, que este tipo de riesgo se puede atender a través de la creación de contratos de una duración flexible.

En la infraestructura de transporte y ante la crisis económica, pocos proyectos son capaces de generar ganancias suficientes para atraer capital privado. En estos casos, el gobierno debe considerar compartir el riesgo aun cuando en teoría sea el sector privado el que deba asumir el riesgo financiero. El riesgo político es el relacionado con acciones gubernamentales que menoscaben la capacidad del sector privado de generar ganancias, entiéndase las imposiciones de nuevos impuestos, la cancelación unilateral de la concesión o la creación de regulaciones que redujesen el valor del proyecto.

Generalmente, el Gobierno compensa a los inversionistas por el riesgo político y los inversionistas asumen el riesgo relacionado con la solución de disputas y la habilidad para obtener compensación en el supuesto de que el

gobierno incumpla con los acuerdos pactados. Aunque en teoría el riesgo debe ser asumido por el participante que esté mejor capacitado para manejarlo, la realidad es que la distribución del riesgo es un proceso complejo y está sujeto a negociación. De otra parte, se ha reconocido la necesidad de crear un ente regulador independiente cuya función sea monitorear los acuerdos pactados por las partes (Estache, Juan y Trujillo: 15-16, 21).

Como mencionáramos anteriormente, existen diversos modelos de acuerdos colaborativos entre el sector público y el privado. Estos modelos se diferencian entre sí por la distribución del riesgo y por la distribución de responsabilidades en los diferentes aspectos del negocio, como lo es la administración, las operaciones, y las inversiones. Entre los diferentes acuerdos colaborativos en el sector de la infraestructura de transporte se encuentran los siguientes (Estache y De Rus: 8):

- Contratos de administración o *management contracts*: Los activos de la compañía de transporte continúan siendo bienes públicos sin embargo, la gerencia o administración del bien se convierte en privada. El operador privado es compensado generalmente a través de una tarifa fija más un incentivo de productividad. A través de este acuerdo, el sector privado no se responsabiliza por los riesgos comerciales ni por la inversión. Lo anterior tiene la ventaja de atraer las destrezas gerenciales del sector privado por un periodo de dos (2) a cinco (5) años. Esta alternativa, puede facilitar la transición a un eventual acuerdo colaborativo tradicional.
- Concesiones/franquicias/licencias: Este es el acuerdo colaborativo más utilizado en el ámbito de la infraestructura de transporte. A pesar que los activos pertenecen al Estado, los mismos se rentan al operador privado para su uso durante el periodo del contrato.

Dependiendo de los términos del contrato, el operador puede a su vez aportar bienes adicionales. El concesionario maneja las operaciones diarias y las inversiones del negocio según los términos pactados, por un periodo de diez (10) a treinta (30) años. Los subsidios pueden ser parte de este negocio, particularmente cuando la demanda por los servicios de transporte no son suficientes, lo cual implica que el riesgo del negocio es elevado. Los subsidios también pueden surgir cuando las responsabilidades asumidas por el operador privado exceden las responsabilidades promedio en este tipo de negocio.

- Contrato de servicios: Estos contratos son comunes en los servicios de transporte. A diferencia de los contratos de concesión/franquicia/licencia, en este tipo de acuerdo el alcance y duración es de menor escala. Específicamente, el gobierno subasta el derecho a proveer ciertos servicios y en ocasiones aporta los activos o bienes necesarios para operar. El operador privado únicamente es responsable por los costos relacionados con la otorgación del servicio. El Estado paga por los servicios en vez de permitir que el operador recaude las ganancias directamente. La desventaja de este tipo de acuerdo consisten en que el operador privado no tiene incentivos para optimizar los servicios en la medida en que su ganancia está garantizada independientemente de la productividad del negocio.
- Peaje en la sombra o *shadow tolling*: La entidad privada obtiene ganancias por los servicios brindados a una carretera o autopista objeto del contrato. Sin embargo, en vez de cobrar el impuesto al

ciudadano que utiliza la carretera, se establece una fórmula a través de la cual el Estado le remite pagos al ente privado (Levy: 2).

Entre 1990 y 1997, el número de proyectos privados en el área de carreteras en países en desarrollo y economías de transición fue el siguiente: siete (7) proyectos de venta de activos o *divestiture*, veinticuatro (24) proyectos nuevos o “*greenfield projects*”; siete (7) proyectos de administración y 170 contratos de concesión (Estache y De Rus: 10).

Con relación a proyectos de autopistas en países en desarrollo y desarrollados, la base de datos de APP del Banco Mundial se resume de la siguiente manera. En Europa, España, Alemania, Inglaterra e Irlanda lideran el número de proyectos de APP en la infraestructura. En el Pacífico y Asia, China, Malasia, Corea del Sur, Australia e India lideran. En América Latina, Brasil, Chile, Perú, Colombia y Argentina están activamente en proceso de desarrollar APP. En Norte América, E.E.U.U. y Canadá dominan. En África, pocos proyectos de APP están documentados (Levy: 4-6).

El Banco Mundial estima que el sector privado financió el 20% de las inversiones en la infraestructura de los países en desarrollo en los años noventa. Un estudio realizado por el Fondo Monetario Internacional concluyó que los acuerdos colaborativos son más comunes en países con deuda pública, déficits elevados y con mercados lo suficientemente grandes que permitan el recobro de la inversión. Dicho estudio también concluyó que la estabilidad macroeconómica es esencial para los acuerdos colaborativos ya que las APP son más comunes en países con una tasa de inflación reducida. Los proyectos de APP en la infraestructura son vistos en países con poca corrupción y que tengan experiencias previas de APP. Algunos argumentos reconocidos para atraer la inversión de capital privado en el sector de la infraestructura es establecer o propiciar condiciones macroeconómicas estables,

regímenes adecuados de tarifas, historial de honrar compromisos previos y políticas económicas razonables (Hammami, Ruhashyankiko y Yehoue: 3-4, 7).

Cuando analizamos contratos de concesión en la infraestructura de transporte, tenemos que determinar el tamaño o alcance de la red de carreteras objeto del contrato. Agrupar un número sustancial de carreteras tiene la ventaja de reducir los costos de administración. En España, la tierra es expropiada por el gobierno. El concesionario es responsable de utilizar la tierra y ésta es responsable de repagarle al gobierno los costos de expropiación (Bousquet y Fayard: 27).

La duración de un contrato de concesión de carreteras generalmente es de treinta (30) años o más. En Europa la duración de los contratos de concesión fluctúa entre un máximo de 75 años en España y un mínimo de 15 años en Finlandia, teniendo como punto medio 30 años en el Reino Unido. El problema frecuentemente asociado con la duración del contrato de concesión es la exclusividad concedida al concesionario. Como regla general el concesionario tiene la exclusividad de proveer los servicios durante la vida del contrato. Sin embargo, la exclusividad concedida al concesionario podría ser menor que la duración del contrato. En este contexto, lo importante es que el gobierno establezca medidas que eviten prácticas monopolísticas de parte del concesionario. Otro problema relacionado con la duración de los contratos es la dificultad de predecir el tráfico a tan largo plazo. Algunos estudiosos de la materia recomiendan una duración de veinte (20) años. Sin embargo, un periodo más corto implicaría una ganancia mayor para el concesionario que le permita recobrar su inversión lo cual tendría como efecto colateral el establecimiento de un peaje mayor o un subsidio gubernamental mayor (Bousquet y Fayard: 28).

A diferencia del contrato de obra, en la concesión de carreteras el concesionario tiene libertad en el diseño y ejecución del proyecto. El grado de

libertad concedido al concesionario varía entre los países. Al igual que en cualquier acuerdo colaborativo entre el sector público y privado, en los contratos de concesión de carreteras el riesgo debe de ser asumido por la entidad contratante capacitada para ello. En teoría, una entidad no debe de asumir costos exógenos o costos sobre los cuales la entidad no tiene control. En la práctica no siempre es tarea fácil determinar quién está mejor capacitado para asumir el riesgo (Bousquet y Fayard: 33).

Los tipos de riesgos que encontramos en este tipo de contratación son: (1) el riesgo político y de política pública; (2) el riesgo técnico; (3) el riesgo comercial y (4) riesgo económico y financiero. El riesgo político y de política pública, el cual incluye fenómenos naturales, fuerza mayor, guerra y disturbios civiles, cambios legislativos siempre es asumido por el sector público. Los riesgos técnicos están asociados a la construcción de la infraestructura. Éstos siempre son asumidos por el concesionario. El riesgo comercial está relacionado a incertidumbres sobre el volumen de tráfico. Este tipo de riesgo debe ser asumido por el concesionario. Sin embargo, la experiencia dicta que en ocasiones los riesgos son demasiado elevados para que el concesionario los asuma sin la ayuda o subsidio del gobierno. Finalmente, los riesgos económicos y financieros son aquellos que emanan de la incertidumbre sobre el crecimiento económico, la inflación, fluctuaciones del valor en la moneda, etc. Dicho riesgo siempre debe ser asumido por el concesionario (Bousquet y Fayard: 33-36).

Uno de los mayores retos que enfrentan los gobiernos al implementar un contrato de concesión de carreteras es la capacidad de lograr que el proyecto resulte atractivo desde un punto de vista económico.

3. ASPECTO ECONÓMICO

Entender el contexto en el cual la privatización de carreteras es viable es necesario para desarrollar acuerdos exitosos y para lograr una regulación efectiva de los mismos. En igual sentido se puede decir que no todas las carreteras son susceptibles de privatización desde un punto de vista económico. Cuando consideramos la participación del sector privado en el sector de las carreteras un aspecto a tomar en cuenta es que cada país tiene diferentes estándares de calidad, de construcción y de ejecución. Estas variaciones crean para el sector privado diferentes requisitos de inversión y de operación y por tanto, diferentes consideraciones para hacer el proyecto atractivo al sector privado (Estache y De Rus: 237).

Al momento de diseñar un contrato de concesión para la operación de carreteras existen varios aspectos económicos a considerar. Primeramente, tenemos que tomar en cuenta la oferta y de demanda en el mercado de carreteras. En términos generales, el mercado de carreteras tiene un buen potencial en términos de oferta en la medida en que hay usuarios inconformes con las carreteras que el gobierno les provee, lo cual genera una demanda para carreteras de alta calidad. De igual manera, muchos países tienen una necesidad de hacerle mejoras a sus carreteras existentes. De hecho, muchos de los acuerdos colaborativos emergentes en el sector de las carreteras son proyectos para realizar mejoras en carreteras existentes, en vez de proyectos de construcción de carreteras nuevas. En América Latina, y se podría razonablemente decir que en la mayoría de los países, la crisis económica ha llevado a los gobiernos a limitar la inversión de mejoras en las carreteras lo cual crea un mercado a ser considerado por el sector privado (Estache y De Rus: 237-238).

En cuanto a la demanda de carreteras, tenemos que considerar que el volumen de tráfico y su patrón de comportamiento es sensitivo al crecimiento económico de un país y a sus condiciones macro-económicas. El no reconocer lo anterior ha sido la causa de que muchos proyectos de concesión de carreteras hayan fracasado o hayan terminado en un proceso complejo de renegociación. Ciertamente, ante una crisis económica las carreteras relacionadas con viajes de placer se pueden ver más afectadas que carreteras de uso cotidiano para propósitos laborales. Como hemos mencionado previamente, muchos proyectos de privatización de carreteras han confrontado la situación de la sobre-estimación de la demanda. La demanda para una carretera con peaje va a depender de si la carretera en cuestión estará conectada a una red de carreteras preexistente. En términos generales, se estima que para que un proyecto de carreteras sea atractivo para el sector privado el volumen de tráfico estimado debe ser de 10,000 vehículos por día. Cuando estamos por debajo del volumen de tráfico antes mencionado es altamente probable que la empresa privada solicite algún tipo de subsidio gubernamental (Estache y De Rus: 239).

Cuando hablamos de carreteras el tema de la seguridad es obligado. Cada año miles de personas mueren en las carreteras y millones resultan heridas como consecuencia de accidentes vehiculares lo cual tiene un costo a la economía global de alrededor de quinientos (500) billones de dólares. El 70% aproximadamente de estos accidentes ocurren en los países en desarrollo lo cual tiene un costo de hasta el 2% del producto interno bruto. Esto se ha convertido en una preocupación para los gobiernos y por ende se ha convertido en una preocupación para el sector privado ya que los gobiernos están incluyendo acuerdos relativos a la seguridad en los contratos de concesión en las carreteras. El problema surge cuando el gobierno modifica la normativa sobre seguridad en las carreteras durante la vigencia del contrato. Requerirle al sector privado cumplir con exigencias o regulaciones de

seguridad no contempladas al momento de negociar el contrato podría requerir de una inversión adicional de parte de la empresa contratante y por ende constituir una modificación unilateral de los términos pactados (Estache y De Rus: 240).

Ciertamente, la crisis económica a nivel mundial ha dificultado la obtención de financiamiento para los proyectos de concesión de carreteras. Sin embargo, la habilidad de obtener financiamiento no depende únicamente del mercado o de los costos y la demanda. Por el contrario, va a depender además de la estabilidad jurídica y política del país. Las características físicas de un proyecto son determinantes a la hora de estimar su costo. Aspectos importantes a considerar lo son si el proyecto es para la construcción de una facilidad nueva o para la expansión de una preexistente. Otros aspectos lo son el largo de la carretera o su extensión, su capacidad, diseño, aspectos geográficos y el mecanismo para el cobro del peaje. La construcción de nuevas facilidades es más costosa por kilómetro que la extensión o rehabilitación de facilidades existentes. Los puentes y túneles son más costosos por sus requisitos en el diseño. Finalmente, hay que reconocer que la capacidad de las carreteras es indivisibilidad. Es decir, un sistema de autobús o ferrocarril puede adaptar su número de vehículos o vagones a las fluctuaciones en la demanda. En cambio, una carretera ofrece servicios a su máxima capacidad todo el tiempo. Por lo tanto, si la capacidad de la carretera se diseñó para los periodos pico, la carretera será sub-utilizada fuera de las horas pico del tránsito (Estache y De Rus: 242-243).

Las inversiones privadas en proyectos de concesión de carreteras deben tomar en cuenta la necesidad de servir a diferentes tipos de usuarios, incluyendo gente de bajos recursos que residen en zonas rurales quienes no necesariamente pueden pagar el peaje a imponerse. Este análisis es importante ya que la inversión en el sector de carreteras es irrecobrable en la medida en que una vez se construye

no se puede convertir para otros usos y no se puede movilizar para otras áreas. Así pues, al momento de determinar la viabilidad económica de un proyecto el gobierno tiene que tomar en cuenta la capacidad de pago de todos los sectores que potencialmente utilizarán la carretera. La experiencia en América Latina y en Europa nos lleva a pensar que no es recomendable asumir que los usuarios están dispuestos a pagar un peaje para compensar por la reducción en el tiempo de viaje y los costos operacionales del vehículo (Estache y De Rus: 244).

Sobre la competencia Fernández Ordóñez (2000) indica que hay competencia donde los empresarios o los profesionales que venden sus servicios están en tensión, están preocupados porque sus clientes les puedan abandonar porque no quieren seguir con ellos o porque los competidores se los quitan. Hay competencia cuando hay rivalidad entre los productores y esta rivalidad es posible si el consumidor tiene la posibilidad real de elegir. El esfuerzo de los empresarios por atraerse los clientes, ese estrés les obliga constantemente a imaginar, descubrir y crear, genera dos beneficios fundamentales, uno en la producción y otro en la distribución de lo producido. El beneficio que la competencia crea en la producción fue el primero detectado por Adam Smith en su investigación sobre las causas de la riqueza de las naciones: son más ricas las naciones que dejan a sus empresarios actuar en competencia que aquellas naciones que restringen la competencia. Allí donde hay competencia, la producción es mayor, el uso de los recursos es más eficiente. Los empresarios se preocupan por reducir costes y de producir aquello que los consumidores desean más.

Fernández Ordóñez (2000: 53) señala además, que el verdadero beneficio de la competencia, el único que depende de ella exclusivamente y no de otras instituciones, es el efecto que tiene en la distribución, el efecto que tiene en reducir precios y así traspasar rentas de los capitalistas (empresarios) a los trabajadores

(consumidores). Los beneficios de la competencia en la producción también se explican por la existencia de la propiedad privada y del comercio. Estas instituciones, sin necesidad de competencia, generan ya incentivos suficientes a los empresarios a producir más eficientemente. Sin embargo, si no hay competencia, si tan sólo hay propiedad privada y comercio, los beneficios obtenidos en la producción no se trasladan a los consumidores. Por eso se puede decir que el beneficio más típico de la competencia es el beneficio social (en la distribución a favor de los consumidores) y no el beneficio económico (en la mayor eficiencia de la producción).

Identificar un proyecto en el cual el ingreso por medio de la imposición de peajes cubra todos los gastos de construcción y de operación resulta ser una tarea complicada y esencial para el éxito del acuerdo colaborativo. Así pues, los proponentes de concesiones privadas en las carreteras tienen que darse a la tarea de identificar áreas sin desarrollar y cuya densidad de tráfico estimada sea suficiente para generar una ganancia razonable para el sector privado. Cuando hablamos de la viabilidad económica de un acuerdo colaborativo en el sector de carreteras generalmente nos encontramos ante dos tipos de proyectos: la carretera que procura aliviar una congestión de tránsito existente en una ruta alterna (en adelante *“proyecto de alivio en la congestión vehicular”*) y el proyecto dirigido al desarrollo urbano de una región con limitaciones de accesos (en adelante *“proyecto de desarrollo urbano”*) (Gómez-Ibáñez y Meyer: 179).

El proyecto de alivio en la congestión vehicular enfrenta retos y problemas en el financiamiento diferentes a los confrontados por los proyectos de desarrollo urbano. El proyecto de alivio en la congestión vehicular tiene la ventaja de que cuenta con un mayor volumen de tráfico estimado sin embargo su costo de construcción es generalmente más elevado ya que la carretera tiene que construirse

sobre áreas de difícil acceso que requieren de la adquisición de terrenos ya que la ruta más conveniente ordinariamente ya está siendo utilizada por el gobierno. De igual manera, este tipo de carretera, por su propia naturaleza cuenta con la competencia de rutas alternas libres de costo. Por tanto, el estimado de tráfico debe de considerar que el mayor número de vehículos discurrirán en las horas pico, cuando la ruta alterna está congestionada. Por el contrario, el proyecto de desarrollo urbano de ordinario tiene costos de construcción más reducidos por milla ya que por lo general la ruta se construye sobre espacios abiertos, sin utilizar, y la posibilidad de tener una ruta alterna de competencia es mínima. De otro lado, este tipo de proyecto enfrenta un volumen de tráfico incierto. A raíz de lo antes expresado, estudiosos del tema entienden que los proyectos de desarrollo urbano tienen mejores probabilidades de recuperar el costo de la inversión a través de los peajes (Gómez-Ibáñez y Meyer: 179).

A. Peajes duros, blandos y en la sombra

Determinar el método de financiamiento apropiado para el desarrollo y construcción de las autopistas es una tarea crucial al momento de establecer una CPP. Existe una discrepancia de opiniones en cuanto a si el peaje ayuda o no a reducir el volumen del tráfico en las carreteras paralelas ya que en España se especula que sería más viable pagarle al concesionario para que reduzca la tarifa del peaje que invertir en mejoras a la carretera paralela. Ciertamente, tarifas de peaje excesivas pueden crear un disloque en el flujo del tráfico y provocar congestión en la ruta alterna gratuita ya que los ciudadanos optan por la opción más económica. Claramente, las experiencias de España y Francia demuestran el peligro de establecer medidas proteccionistas en favor de los concesionarios privados (Gómez Ibáñez y Meyer: 141-143).

A nivel mundial, la mayoría de los túneles y puentes en Europa han sido financiados a través del cobro de peajes aunque no necesariamente operados por el sector privado. De igual manera, en los países en desarrollo, las autopistas se financian a través de los peajes y de una manera ascendente a través del sector privado. En países como Austria, España, Francia, Grecia, Italia y Portugal una concesión está asociada al pago directo por el usuario a través de un peaje (Bousquet y Fayard: 6).

Los sistemas de peajes son comúnmente utilizados en ocho países europeos en un contexto inter-urbano, es decir, carreteras, puentes y túneles. Según reportado por la Administración de Carreteras Europea (*European Road Administrations*), las ventajas del sistema de peajes se puede dividir en tres (3) categorías. La primera ventaja del sistema de peajes es que la inversión puede aumentarse. En un sinnúmero de países en Europa, el sistema de peaje es reconocido como la manera más eficiente de reemplazar el dinero proveniente de impuestos, aranceles o arbitrios por el dinero de los usuarios del servicio. La utilización de peajes facilita y agiliza la construcción de autopistas *vis a vis* la construcción de peajes con la asignación de fondos públicos. Desde 1973 hasta 1995, en Francia la contribución de fondos públicos al sistema de carreteras se redujo de un 56% a un 22%, mientras que las ganancias por concepto de peajes incrementaron de un 32% a un 57% durante el mismo periodo. En Noruega, en el año 2001, los ingresos por concepto de peaje representaban el 32% del presupuesto estatal para el sistema nacional de carreteras. En España, para la misma fecha, los ingresos por concepto de peaje representaban el 46% (Bousquet y Fayard: 6).

Otra ventaja del sistema de peajes duros o clásicos es que pone en práctica el principio de que pague el usuario del servicio. Su característica radica en que es el usuario el que paga directamente al concesionario de la obra una determinada

cantidad en función de la utilización que haya realizado del bien de acuerdo a las tarifas que hayan sido fijadas por el órgano de contratación. Desde un punto de vista contable, en el esquema clásico del peaje no hay ningún pago por parte del ente público, todo el riesgo, en principio está asumido por el concesionario en función de las restantes cláusulas del título y, por consiguiente no hay ningún reflejo sobre la contabilidad pública. Este supuesto es la aplicación clásica de la relación concesional y en donde se manifiesta claramente el desarrollo de una actividad empresarial por parte del concesionario, siempre que el riesgo no se elimine en los demás elementos del título (González García, 2007: 135).

La Comisión Europea indicó que la tarifa debe estar atada directamente al costo que los usuarios imponen sobre la infraestructura y otros ciudadanos, incluyendo el impacto al medio ambiente entre otras externalidades causadas por los usuarios. De igual manera el sistema de peajes facilita la asignación de recursos dirigidos al mantenimiento de las carreteras. Renglón que normalmente queda desatendido mediante el financiamiento tradicional del Estado. Otra ventaja del sistema de peajes es que cumple con el principio de territorialidad en la medida en que los usuarios de la autopista pagan por su uso sin establecer diferencia por nacionalidad (Bousquet y Fayard: 6-8).

En cuanto a las desventajas de los sistemas de peaje podemos mencionar que el peaje es un disuasivo para el uso continuo de la infraestructura. Además, la introducción de un sistema de peajes implica costos adicionales relacionados a la construcción, mantenimiento y operación de las facilidades requeridas para el cobro del peaje. A manera de ejemplo, se estima que un 10% de la ganancia es absorbida por el cobro del peaje. Otro factor a tomar en cuenta a la hora de establecer un sistema de peaje es la aceptabilidad social del sistema. El problema de aceptabilidad debe ser estudiado siempre que se vaya a implementar un sistema de

peaje. La aceptabilidad va a depender de varios factores como lo son el costo del peaje, el método de cobro del mismo, entre otros factores a considerar. Hay que tener presente que un peaje será aceptado en la medida en que el usuario derive un beneficio de su utilización (Bousquet y Fayard: 8-13).

En cuanto al cobro del peaje, esto varía entre los países Europeos ya que está relacionado con las condiciones socio-económicas del país. Generalmente, los vehículos de carga pagan más que los vehículos de uso personal. La presencia de una ruta alterna libre de costo es vital en la aceptabilidad de un peaje. (Bousquet y Fayard: 13).

El peaje duro o clásico se puede complementar con pagos que efectúe la Administración en función de la utilización, con el fin de reducir las cantidades que abonan los usuarios del bien. Esto es lo que se denomina como *peaje blando*. Este tipo de peaje suele contemplarse con umbrales máximos y mínimos de la retribución que paga la Administración y para que este supuesto no compute a efectos de déficit, el umbral mínimo no puede ser de tal magnitud que suponga la garantía del pago de construcción del bien y, asimismo, ha de poderse comprobar que una disminución considerable del tráfico podría ocasionar una limitación similar de los rendimientos del concesionario. En todo caso, la transmisión del riesgo sería cuestionable si el concesionario recibiera aportaciones de diverso tipo y que además, tenga cubierto un mínimo de demanda de la infraestructura, dado que ambas cumplen la misma finalidad (González García, 2007: 136).

La tercera modalidad está constituida por el denominado *peaje en la sombra*, que está siendo ampliamente utilizado en la actualidad, con resultados en ocasiones nefastos para el erario público, como ha ocurrido con la M-45 en España, que puede salir por un valor de tres veces más de lo presupuestado, pudiendo recuperarse en tres años la mitad del coste de realización de la obra, ya que el

volumen de utilización está superando todas las previsiones. En esta modalidad el concesionario recibe una cuantía en función de la utilización del bien, de forma directa. Es la Administración la que efectúa los pagos en función del volumen de utilización del bien (González García, 2007: 136).

El peaje en la sombra o *shadow toll* proviene, como ya se ha analizado anteriormente en este trabajo, de la propuesta inglesa *DBFO* y consiste en que la retribución por la utilización de la obra a favor del concesionario sea abonada por la Administración en sustitución de los usuarios y de acuerdo al uso de la misma. La finalidad de este mecanismo de retribución es superar la limitación del ámbito tradicional de la fórmula concesional, circunscrita hasta entonces a las infraestructuras susceptibles de autofinanciarse a través del cobro de tarifas a los usuarios directos de la misma, pudiendo extender las ventajas de la financiación privada a cualesquiera proyectos infraestructurales que se conciban de uso gratuito para los usuarios. De esta manera se difiere en el tiempo el esfuerzo presupuestario del sector público obteniendo de inmediato las obras en disposición de ser utilizadas por los usuarios y bajo el riesgo constructivo y financiero del concesionario, y sin el coste social que conlleva el peaje (Fuertes Fernández: 353).

Varios países han optado por la alternativa de un DBFO con peaje sombra cuando no existe una ruta alterna libre de costo. Un peaje en la sombra le permite a la Autoridad Pública delegar la construcción de una infraestructura en un concesionario. Específicamente, el concesionario no cobra peajes directamente a los usuarios. En cambio, la Autoridad Pública remunera al concesionario basado en la utilización de la infraestructura. Este sistema requiere de una contabilización de los usuarios de la autopista y pagarle al concesionario a prorrata la cantidad previamente acordada. El pago por la Autoridad Pública toma en cuenta no sólo la cantidad de vehículos transitados pero además considera el desempeño del

concesionario. El desempeño del concesionario se puede medir tomando en cuenta el número de carriles cerrados y el tiempo que le toma al concesionario para reparar desperfectos mecánicos. Otra manera de evaluar el desempeño del concesionario es considerando las medidas de seguridad implementadas en la carretera en cuestión (Bousquet y Fayard: 13).

Entre las ventajas reconocidas al peaje sombra se encuentra el hecho de que no se altera el patrón de conducta de los viajeros hacia otras rutas alternas. Tampoco se incurren en gastos relacionados al cobro del peaje. La ventaja prioritaria de los peajes convencionales entiéndase, optimizar la infraestructura mientras el concesionario asume los riesgos de la construcción también se encuentra presente en el peaje en la sombra. Sin embargo, el peaje en la sombra no atiende problemas de liquidez en la media en que no genera fuentes nuevas de ingreso. En 1998 se evaluó un proyecto de peaje en la sombra en el Reino Unido el cual concluyó que la ventaja de dicho peaje reside en que el concesionario tiene libertad en el diseño del proyecto, la transferencia de riesgo al concesionario, y el incremento en la eficiencia proveniente de la gerencia y la administración del sector privado (Bousquet y Fayard: 13-15).

Tal y como señala Gómez Ferrer (2003), *“lo importante es poner ahora de relieve que el concesionario asume el riesgo de financiación de la construcción y explotación de la obra a partir de las bases establecidas en el contrato. Y que el mínimo no deberá ser tan alto que excluya el riesgo, sino que habrá de ser el adecuado para para que una empresa eficiente asuma el riesgo de financiar la construcción y explotación de la obra”*. Parte de la doctrina opina que la propia naturaleza de este contrato no parece conducir a la figura de la concesión administrativa sino al contrato de obra con pago diferido en el tiempo. En este sentido, Gómez Ferrer (2003:1105) apunta a que *“la verdadera naturaleza de este*

caso es la de un contrato de obra pública con un sistema de retribución por la Administración aplazado en el tiempo y calculado en función del uso de la infraestructura en forma similar al de la concesión. En el que el coste va a cargo de la Administración y su abono en la forma expuesta es una obligación de la administración”.

González García (2007: 140) señala que, a pesar de lo mencionado por Gómez Ferrer, desde un punto de vista contable, las cosas no parecen conducir necesariamente a la consolidación de las cuentas de la Administración. A pesar de que en efecto es la Administración la que, con cargo a sus consignaciones presupuestarias, abona a la sociedad concesionaria, Eurostat ha provisto una serie de condiciones que de cumplirse se podría desconsolidar el coste en la Administración. Específicamente, como mencionamos anteriormente, la cuantía mínima que ha de percibir el concesionario que no sea tan elevada que menoscabe la asunción de los riesgos de la operación. En segundo término, que se pueda establecer una relación directa entre el resultado económico de la explotación y el volumen de tráfico de la infraestructura, de tal manera que incluso aplicando ese mínimo, una reducción significativa de la demanda provoque una reducción relevante del rendimiento de la sociedad explotadora.

Fuertes Fernández (2015: 353) apunta a que la introducción de la figura del peaje en la sombra en la práctica administrativa española se puede situar, sin embargo, en la experiencia de las Comunidades Autónomas de Madrid y Murcia cuya legislación ya preveía tal posibilidad con anterioridad a la aparición de la Ley 13/2003, de 23 de mayo. Así, el Artículo 25 bis de la Ley 3/1991, de 7 de marzo, de Carreteras de la Comunidad de Madrid, introducido por la Ley 11/1997, de 28 de abril establece que *“La Comunidad de Madrid podrá subvencionar, en todo o en parte, las tarifas*

que corresponda satisfacer a los usuarios cuando el servicio deba prestarse gratuitamente por razones de interés público”

Fuertes Fernández (2015) señala además que la Ley 47/1997, de 24 de julio, de construcción y explotación de infraestructuras de la Región de Murcia establece en su exposición de motivos que *“se regula, como una fórmula posible a contemplar en determinados casos, la técnica -ampliamente utilizada en otros países de la Unión Europea- del denominado canon de demanda, en el que la participación del sector privado se vincula a la generación de flujos de caja previsibles, que no se repercuten en el usuario a través del peaje, asumiendo la Administración la garantía del pago en función de unas tarifas predefinidas según las expectativas de uso de la infraestructura”*.

Diversos ejemplos de autovías bajo la modalidad de peaje en la sombra se han ido sucediendo en el ámbito autonómico y local en estos últimos años y su característica más relevante es el establecimiento de pagos periódicos por la Administración en función de la demanda de la infraestructura (Acerete Gil, 2006; 199 y ss). La retribución del concesionario se calcula en base a una tarifa establecida sobre un sistema de bandas o tramos y por tipo de vehículo aplicada al número de vehículos que utilicen la vía, de modo que la cantidad a abonar sea siempre variable en función del nivel de uso. Asimismo, se incluyen como índices de variabilidad de los pagos de la Administración criterios de disponibilidad y calidad en la gestión de las vías como las condiciones de mantenimiento o el nivel de peligrosidad de acuerdo a unos estándares prefijados en el Pliego de Cláusulas Administrativas (Fuertes Fernández: 355).

B. Los pagos por disponibilidad

La tercera alternativa de retribución al concesionario es el pago por disponibilidad. Dicho método de retribución no aplica a las infraestructuras de transporte ya que la Administración paga por la utilización para actividades administrativas de edificios concedidos. En este sentido se plantea la controversia de si es posible utilizar la figura de la concesión de obras públicas para la construcción y financiación de infraestructuras públicas que únicamente va a utilizar la Administración y no terceros usuarios ya que las obras no serían explotable económicamente en el mercado. Estamos hablando de supuestos en donde no se admite la prestación del servicio por el concesionario sino por la Administración (Herranz Embid, 2005).

Así pues, podría decirse que no nos encontramos en teoría ante una figura concesional en la medida en que no hay, ni explotación económica ni asunción de riesgo por el concesionario ya que el uso es siempre el mismo por parte de la Administración. En esta modalidad de concesión el concesionario construye, financia y opera la infraestructura, encargándose la Administración competente básicamente de proveer los servicios asociados (González García, 2007: 144).

Con fines ilustrativos, a continuación realizamos un resumen con las alternativas de retribución previamente discutidas:

CUADRO 4: Alternativas de Retribución del concesionario

Alternativas de Retribución del concesionario	
PEAJE DURO O CLÁSICO	- Pago directamente por el usuario.
PEAJE BLANDO	- Pago directamente por el usuario pero la Administración puede complementar pagos en función de la utilización.
PEAJE EN LA SOMBRA	- Pago directamente por la Administración en función de la utilización del bien.
PAGOS POR DISPONIBILIDAD	- Pago por la Administración por utilizar la infraestructura para actividades administrativas. El proyecto no es explotable económicamente y no aplica a la infraestructura de transporte.

Fuente: Elaboración Propia

4. EVOLUCIÓN NORMATIVA ESPAÑOLA REGULADORA DEL TRANSPORTE

La Constitución Española, aprobada por las Cortes el día 31 de octubre de 1978, ratificada por el pueblo español en Referéndum Nacional el día 6 de diciembre de 1978, establece en su artículo 19 que *“los españoles tienen derecho a*

elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la Ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos". En el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948, se establece que "*toda persona tiene derecho a circular libremente (...)*". La Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) de 30 de julio de 1987, también procura y promueve una unidad de mercado en todo el territorio español de manera que se garantice la libertad de circulación y el establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español (Plan de Infraestructuras, Transporte y Vivienda 2012-2024 (PITVI)).

Según el artículo 339.1 del Código Civil Español, los caminos de uso público son bienes de dominio público, es decir, su titularidad está atribuida al Estado y están destinados, o afectados, al uso o servicio público. En la legislación general y especial de Obras Públicas de 1877, los caminos públicos y carreteras quedaban configurados como "*obras públicas de uso general y aprovechamiento*".

La Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras¹, (en adelante "*Ley de Carreteras*") atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre el régimen general de comunicaciones y sobre las obras públicas de interés general, cuya realización afecte a más de una comunidad autónoma. El Estado traspasó sus funciones y servicios en materia de carreteras a las Comunidades Autónomas. El artículo 2 de la Ley de Carreteras dispone que se consideren carreteras las vías de dominio y uso público proyectadas y construidas fundamentalmente para la circulación de vehículos automóviles.

¹ BOE núm. 182.

Según dispone la Ley de Carreteras en su artículo 13, la financiación de las actuaciones en la Red de Carreteras del Estado se efectuará mediante las consignaciones que se incluyan en los Presupuestos Generales del Estado, los recursos que provengan de otras Administraciones Públicas, de Organismos nacionales e internacionales y excepcionalmente de particulares. Las carreteras del Estado que vayan a explotarse en régimen de gestión indirecta se financiarán mediante los recursos propios de las Sociedades concesionarias, los ajenos que éstas movilicen y las subvenciones que pudieran otorgarse.

De igual forma, los artículos 15 y 17 de la mencionada Ley establecen que la explotación de la carretera comprende las operaciones de conservación y mantenimiento, las actuaciones encaminadas a la defensa de la vía y a su mejor uso, incluyendo las referentes a señalización, ordenación de accesos y uso de las zonas de dominio público, de servidumbre y de afección. El Estado, como regla general, explotará directamente las carreteras a su cargo siendo la utilización gratuita para el usuario o excepcionalmente, mediante el pago de peaje, cuyas tarifas aprobará el gobierno. Las carreteras también pueden ser explotadas por cualquiera de los sistemas de gestión indirecta de los servicios públicos que establece la Ley de Contratos del Estado. Las carreteras estatales en régimen de concesión administrativa se regirán por lo dispuesto en la legislación específica.

Finalmente, la Ley de Carreteras en su artículo 17 reza de la siguiente manera:

“si la explotación de la carretera estatal se efectúa por gestión interesada, concierto con persona natural o jurídica, o por una Sociedad de economía mixta, corresponde al Consejo de Ministros acordar, por Real Decreto, los términos de la gestión y la

constitución de la Sociedad. Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas que resultaren titulares de la explotación de las carreteras, podrán disfrutar de los beneficios fiscales y financieros que para las carreteras en régimen de concesión prevé la legislación vigente. Tales beneficios sólo podrán ser otorgados por el Gobierno en el Real Decreto antes mencionado y con los mismos condicionamientos establecidos en el supuesto de ser objeto la carretera de concesión administrativa.”

El PITVI dispone que desde los años ochenta, las infraestructuras de transporte españolas han sido objeto de una recapitalización sustancial mediante inversiones cuantiosas y continuadas. El sistema de transporte de viajeros se caracteriza por un claro predominio de la carretera, a excepción del repunte positivo del ferrocarril en aquellos corredores en los que fueron establecidas nuevas líneas de alta velocidad.

Por lo que respecta a la red de carreteras, el PITVI identifica que la Red Nacional de carreteras cuenta, a 31 de Diciembre de 2012, con una longitud total de 165.595 km, de los cuales un 15,7%, 26.038 km, están a cargo del Estado (formando la Red de Carreteras del Estado –RCE), 71.381 km pertenecen a las Comunidades Autónomas y 68.176 km son de las Diputaciones y Cabildos. Dicha red cuenta con un total de 16.335 km de vías de gran capacidad, de las cuales 11.535 km están gestionados por el Estado, 3.740 por las diferentes Comunidades autónomas y 1.060 km gestionados por Diputaciones y Cabildos. El transporte por carretera es el principal medio de transporte en España, por lo que su importancia trasciende a sus magnitudes.

En España, el marco legislativo referente al transporte en general y al transporte público en particular se encuentra estructurado en tres niveles, que corresponden a los niveles políticos con los que está organizado el Gobierno: local, autonómico y nacional. Por ejemplo, en este país la Constitución ha asignado a las comunidades autónomas (nivel autonómico) la competencia exclusiva sobre ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la comunidad. A nivel local o municipal, las autoridades locales tienen competencias en los servicios de transporte urbano dentro de su municipio. A nivel nacional o estatal, el Ministerio de Fomento tiene competencias en los servicios de transporte público entre dos o más comunidades autónomas (Urbano, Ruiz Rúa y Sánchez Gutiérrez, 2012: 195-228).

Dadas las circunstancias macroeconómicas españolas en el momento actual, las prioridades planteadas en el Plan de Infraestructuras, Transporte y Vivienda (PITVI) ponen un mayor énfasis sobre la competitividad a largo plazo de la economía así como sobre otros aspectos de carácter microeconómico, como la mejora de la eficiencia a través de la regulación.

El PITVI dispone además, que el transporte por carretera es vital, tanto para la economía española como para su vinculación con Europa, y por ello se debe continuar en la línea de liberalización del sector con la modificación en las condiciones de las concesiones. Dicho Plan apuesta por la diversificación de las fuentes de inversión, que impulse proyectos eficientes y rentables. Sin perder de vista el papel predominante del sector público, se fomentará la participación de la iniciativa privada en los grandes proyectos de infraestructura.

Aunque la financiación presupuestaria bien directamente o a través de transferencias de capital a los entes dependientes del Ministerio de Fomento seguirá siendo muy importante como fuente de financiación de las infraestructuras

de transporte, será necesario movilizar recursos adicionales. En este sentido, el PITVI impulsará la apertura de los mercados, las aportaciones de los usuarios, la internalización de costes y la colaboración público-privada. Aunque se impulse un modelo de financiación con mayor o menor participación de la financiación privada, las Administraciones Públicas mantendrán las funciones de planificación, definición de prioridades y programación, así como en la supervisión y control de todo el proceso inversor, en la fase de construcción, y de la calidad de los servicios ofrecidos a los usuarios durante la fase de explotación.

En España se reconoce que la entrada en el sistema de nuevos modelos concesionales y la colaboración público-privada marcará el futuro sistema de infraestructuras. Así, la alianza entre el sector público y el sector privado basará su éxito en un reparto de responsabilidades y riesgos que integre las condiciones y requerimientos específicos de cada proyecto. Se contempla una mayor participación del sector privado y una mayor aportación de fondos procedentes de los usuarios o beneficiarios de las actuaciones. Por tanto, se fomentará la aplicación de la colaboración público-privada en proyectos que resulten atractivos para el sector privado por su rentabilidad. Para ello, se analizarán los proyectos susceptibles, las formas de financiación y el reparto de riesgos entre concedentes y concesionarios, para, de esta forma, optar por esta vía cuando competitivamente resulte más ventajoso que mediante la fórmula tradicional (PITVI).

Uno de los objetivos principales del PITVI es asegurar la existencia de un marco regulatorio estable que garantice la seguridad jurídica y una política fiscal que incentive la inversión en infraestructuras a través de las CPP. Se impulsará a su vez la creación de Centros de Excelencia en CPP, en especial, con una unidad específica de seguimiento en el Ministerio de Fomento, similar a la

implantada en otros países. Esta unidad tendrá como objetivo impulsar, regular, controlar y supervisar los proyectos CPP, desde su concepción inicial como proyecto eficiente y rentable, pasando por su diseño contractual y estructura de financiación, hasta el seguimiento continuo del cumplimiento de las obligaciones adquiridas y la evaluación de los resultados.

5. EVOLUCIÓN NORMATIVA PUERTORRIQUEÑA REGULADORA DEL TRANSPORTE

Es difícil establecer el momento en que las carreteras de Puerto Rico dejaron de ser simples caminos para convertirse en una infraestructura capaz de sostener una transformación del sistema económico. Si bien el gobierno español llevó a cabo un primer desarrollo de las carreteras y puentes durante la segunda mitad del siglo XIX, el resultado fue uno limitado a los espacios económicos desarrollados. Durante la colonización española se construyeron 254 kilómetros de carreteras (Nevárez Pagán, 2014).

El desarrollo infraestructural de transporte bajo el gobierno estadounidense fue impulsado en gran parte por el movimiento *Good Roads*, llevado a cabo a través de los Estados Unidos a finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Este movimiento tenía como objetivo principal la pavimentación de caminos con macadán en los espacios rurales con el fin de impulsar la economía rural. La necesidad de un continuo desarrollo infraestructural dio paso a la puesta en práctica de emisiones de bonos, conocidos como los “*empréstitos*”, para financiar las obras públicas en la Isla a partir del 1906. Los resultados inmediatos fueron tan notables que varios años después se autorizaría a los municipios a emitir bonos, garantizados por el gobierno insular, para realizar sus propias obras de infraestructura (Nevárez Pagán, 2014).

En el año 1924, casi el doble de todos los kilómetros ferroviarios en la isla, cerca de 1,557, eran administrados por el sector privado. Si bien el ferrocarril no tenía grandes beneficios en el interior del país, éste continuaba siendo el método principal de transporte azucarero en la costa. El radical aumento presupuestario que trajo la Ley federal de Inversión en Carreteras a partir del 1916 tuvo como consecuencia la acumulación de una gran deuda para el 1928, agravando las expectativas locales y limitando el apoyo financiero en el futuro (Nevárez Pagán, 2014: 19-20).

El Código Civil de Puerto Rico en sus artículos 256 y 257 establece que son bienes de dominio público, los destinados al uso público como los caminos, canales, ríos, torrentes y otros análogos. Específicamente, son bienes de uso público en Puerto Rico y en sus pueblos, los caminos estatales y los vecinales, las calles y las obras públicas de servicio general, costeadas por los mismos pueblos o con fondos del tesoro de Puerto Rico.

La Ley Núm. 74, del 23 de junio de 1965 (Ley Núm. 74), creó la Autoridad de Carreteras y Transportación de Puerto Rico (en adelante *“la Autoridad”*). La Autoridad es una corporación pública que se creó con el propósito de dar al pueblo las mejores carreteras y medios de transporte, facilitar el movimiento de vehículos y personas, aliviar la congestión en las carreteras y afrontar la creciente demanda de mayores y mejores facilidades de tránsito.

La Ley Núm. 4, del 24 de agosto de 1990, enmendó la Ley Núm. 74 antes mencionada y situó a Puerto Rico a la vanguardia en la incorporación de nuevas fuentes de financiamiento para el desarrollo de obras públicas, al autorizar a la Autoridad a efectuar contratos con entidades privadas para la construcción, operación y mantenimiento de las carretera, puentes, avenidas, autopistas y otras instalaciones de tránsito. Bajo el amparo de esta legislación se construyó el primer proyecto de

privatización de carreteras, el Puente Teodoro Moscoso sobre la Laguna San José, el cual discutiremos más adelante.

El artículo 4-A de la Ley Núm. 74, dispone que la Autoridad o el Departamento de Transportación y Obras Públicas podrán contratar con entidades privadas, y mediante el uso de fondos privados, el diseño final, la construcción, operación y mantenimiento de nuevas facilidades de tránsito y transporte, carreteras, puentes, avenidas, autopistas y las facilidades de tránsito anejas a las mismas, sujeto a ciertas condiciones identificadas en el propio estatuto².

² Las condiciones son las siguientes:

- (a) La facilidad de tránsito y transportación, carretera, puente, avenida o autopista y sus facilidades de tránsito anejas (en adelante “*facilidades de tránsito*”) serán de dominio público.
- (b) El diseño preliminar del proyecto podrá ser encomendado a cualquier persona natural o jurídica competente, legalmente autorizada, que escoja el Secretario de Transportación y Obras Públicas o la Autoridad, salvo que no podrá ser la misma entidad privada que se contrate para la construcción, operación y conservación del proyecto.
- (c) Las servidumbres necesarias para la operación de la facilidad de tránsito serán del Estado Libre Asociado o de la Autoridad.
- (d) Los terrenos y otras propiedades o derechos necesarios para la construcción de la facilidad de tránsito serán adquiridos por el Estado Libre Asociado. La entidad privada contratada podrá adquirir, sujeto a las normas establecidas para estos propósitos por la Autoridad, los terrenos, propiedades o derechos directamente de sus dueños, por compra, en cuyo caso los transferirá inmediatamente al Estado Libre Asociado.
- (e) El contrato, además del diseño final y la construcción, incluirá la operación y mantenimiento de la facilidad de tránsito.
- (f) La entidad privada a la que se otorgue el contrato deberá prestar una fianza que garantice al Estado Libre Asociado de Puerto Rico el fiel cumplimiento de todas las obligaciones del contrato, cuya cuantía será determinada por la Autoridad tomando como criterio la inversión prevista para el proyecto, o para la obra o etapa de que se trate.
- (g) El contrato contendrá una cláusula de indemnidad por la cual la entidad privada se comprometa a defender y a pagar por el Estado Libre Asociado y la Autoridad cualquier reclamación de daños y perjuicios incoada contra el gobierno. Esta obligación deberá estar afianzada o cubierta por una póliza de seguro de responsabilidad pública que incluirá al Estado Libre Asociado y a la Autoridad como co-asegurados. Las sumas o cuantías a ser garantizadas en dicha póliza serán fijadas por la Autoridad y su decisión deberá estar respaldada por la evaluación de un profesional competente en el campo de los seguros en torno a los riesgos involucrados en las fases de diseño, construcción, operación y mantenimiento de la facilidad de tránsito.
- (h) El contrato podrá ser cedido o gravado con el previo consentimiento escrito de la Junta de Adjudicaciones. La Junta no podrá denegar su consentimiento a menos que medie justa causa. La cesión sólo será autorizada si el cesionario es una entidad privada que reúna los requisitos y condiciones establecidos en la Ley.

La Ley Núm. 74 reconoce que la entidad privada contratada para el diseño final, la construcción, operación y mantenimiento de la facilidad de tránsito tendrá la facultad de cobrar al público por el uso de las mismas el monto del peaje o portazgo que establezca el contrato negociado por la Autoridad y ratificado por la Junta de Adjudicaciones establecida en la Ley. Dicho estatuto establece la manera en que serán aplicados los ingresos derivados del peaje o portazgo. Específicamente serán aplicados para los siguientes fines:

- Recuperación del capital invertido y de los gastos incurridos relativos al desarrollo, construcción y financiamiento de las obras de construcción de la facilidad de tránsito;
- repago o amortización de cualquier deuda incurrida por la entidad privada en la construcción y operación del proyecto;
- pago de los costos relativos al cobro del peaje o portazgo y la operación, administración y mantenimiento de la facilidad de tránsito;
- reembolso al Gobierno de los costos por los servicios que se le asignen a éste en el contrato o que sean solicitados por la entidad privada;

(i) El contrato, en lo que atañe a la fase de operación, administración y mantenimiento del proyecto no tendrá un término mayor de cincuenta (50) años.

(j) Una vez extinguido el término del contrato, la fase de operación, administración y mantenimiento del proyecto pasará a manos del Gobierno, sin costo alguno para éste.

(k) Concluida la fase de construcción del proyecto, la entidad privada será responsable de conservar la facilidad de tránsito y transportación, carretera, puente, avenida, autopista y las facilidades de tránsito anejas.

- una ganancia razonable para la entidad privada que será determinada a tenor con lo dispuesto específicamente en el contrato.

La entidad privada que aspire a ser contratada para la construcción, operación y mantenimiento de la facilidad de tránsito deberá cumplir con los siguientes requisitos y condiciones:

- Ser una corporación o sociedad autorizada para realizar negocios en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico;
- disponer de un capital corporativo o social que en modo alguno podrá ser inferior al cinco por ciento (5%) de la inversión total prevista para la construcción de la facilidad de tránsito;
- demostrar la viabilidad económica y financiera del proyecto;
- demostrar capacidad gerencial, organizacional y técnica para desarrollar y administrar el proyecto.

Durante el cuatrienio de 2004-2008 se atendió el reclamo que los municipios habían realizado para que se les permitiera tener inherencia en la prestación de servicios para el mantenimiento de las carreteras terciarias. A esos fines, se estableció un proyecto demostrativo con los gobiernos municipales y mediante el cual el Departamento de Transportación y Obras Públicas suscribió convenios con una gran mayoría de los municipios para que proveyeran mantenimiento a sus carreteras terciarias, transfiriéndose además los fondos para ello. Los resultados de este proyecto fueron favorables y se pudo proveer servicios de mantenimiento a las carreteras terciarias de una manera mucho más costo-efectiva y de forma menos burocrática. La Ley Núm. 94 de 7 de agosto de 2013,

traspasa gratuitamente a los municipios el título sobre el dominio, posesión, y custodia de las carreteras terciarias. Una carretera terciaria es una carretera intramunicipal que conecta dos barrios o conecta un municipio a otro, la cual no es la carretera principal y que ha sido designada por el Departamento de Transportación y Obras Públicas como terciaria, luego de haber estudiado su uso.

6. PARTICULARIDADES QUE PRESENTA EL TRANSPORTE POR CARRETERA EN COMPARACIÓN CON OTRAS MODALIDADES DE TRANSPORTE

A. La alta capacidad de penetración

Una de las cualidades que suele destacarse del transporte por carretera es su enorme capacidad de llegada a prácticamente cualquier punto al que desee trasladarse a alguien o algo. Ello es debido a una de las características de la infraestructura que soporta este modo de transporte: su gran capilaridad, que posibilita que los desplazamientos de personas y mercancías por carreteras puedan acceder a casi cualquier destino por recóndito que sea. De forma expresiva se ha llegado a afirmar la casi-ubicuidad de las carreteras. Y es que salvo en periodos muy específicos de crisis, la red de carreteras no ha cesado de crecer desde el siglo XIX que tomaremos como referencia, multiplicando su extensión por más de 10 entre los años 1865 y 2005. En 1865 existían en España 16.031 km de carreteras mientras que en 2005 la red viaria había alcanzado los 165.646 km (Anuario de la Movilidad, 2007).

Si lo comparamos con el ferrocarril, que es el siguiente modo de transporte en extensión de red, se aprecia que la distancia en longitud de infraestructuras entre uno y otro es sustancial. Pese a que también la expansión de la red ferroviaria ha sido constante, su ritmo de crecimiento no es equivalente al que ha experimentado

la carretera. Así, en 1850, cuando sólo había ferrocarriles de línea ancha, la longitud de las vías era de 28 km, mientras que en el 2007, la longitud total de la red ferroviaria española era de 15.559 km, de los cuales 13.368 km eran de vía ancha y los 2.191 km restantes de vía estrecha (Anuario de la Movilidad, 2007). Así pues, puede concluirse que las redes de transporte marítimo, por ferrocarril o aéreo son más limitadas, ya que no existen puertos, tendidos ferroviarios o aeropuertos con acceso a cualquier punto. En cambio sí hay carreteras, de mayores o menores prestaciones, que prácticamente llegan a cualquier lugar habitable (Ruiz Rodríguez: 13).

Por tanto, ha de reconocerse que, de entre todos los medios existentes, el transporte por carretera es el que más alta penetración presenta, siendo el medio de transporte más continuo por naturaleza. A esto hay que añadir que los vehículos empleados para realizar este modo de transporte están concebidos para poder transitar por los distintos tipos de redes viarias que existen, es decir, las carreteras albergan la circulación de muy distintos tipos de automóviles, unos diseñados para el transporte industrial, otros para el transporte colectivo de viajeros, otros son vehículos utilitarios, otros vehículos de dos ruedas. El elevado número de vehículos circulando por los diversos tipos de carreteras, puede provocar la saturación de las vías, particularmente en ciertos itinerarios, siendo este último aspecto una de las notas negativas que discutiremos más adelante (Valcárcel Fernández, 2011: 134).

Centrando la atención en el sector de transporte por mercancía por carretera, ha de considerarse que en una época en la que las exigencias de los cargadores se centran en aspectos tales como rapidez en las entregas, la minimización de los *stocks*, la fiabilidad en la prestación del servicio o la realización de servicios complementarios, no es de extrañar que la gran adaptabilidad que permite la carretera se convierta en un valor añadido a su favor. La flexibilidad de la carretera,

que fácilmente puede amoldarse a exigencias como las citadas entregas puerta a puerta o el sometimiento a ventanas de horarios fijos, satisfará estas necesidades de los usuarios y clientes siendo un puntal que puede incrementar el nivel de competitividad del sector (Valcárcel Fernández, 2011: 135).

B. Elevado grado de intermodalidad

Con ello quiere significarse que el traslado, fundamentalmente de mercancías, desde que salen del origen hasta que llegan al destino, muy frecuentemente combina una pluralidad de modos de transporte, y, cuando ello ocurre, uno de los empleados, por lo común, es la carretera. Es decir, cuando en el desplazamiento intervienen más de un modo de transporte, lo más usual es que en algún tramo del recorrido total se recurra a la carretera, normalmente en la fase inicial y/o final de la operación (Valcárcel Fernández, 2011: 135). Las combinaciones más frecuentes son las siguientes

- Camión-tren-camión: Como a pesar de los posibles cambios de medio de transporte, la mercancía ha de permanecer unida, se emplean las llamadas unidades de transporte intermodal (UTI) tales como contenedores o la caja móvil, e incluso el transporte de todo el camión en el tren. En todo caso, el ferrocarril, a pesar de los avances producidos a raíz de la apuesta por su liberalización, continúa supeditado a horarios, así como a ciertas rigideces burocráticas (Ruiz Rodríguez: 13).
- Camión-barco-camión: El transporte marítimo, que es rentable cuando se transporta mercancías a larga distancia y en grandes volúmenes, también se presta a la combinación con la carretera no siendo extraña la utilización de contenedores y barcos *roll-on/roll-off*; que permiten que

tanto el camión como su caja se carguen en el barco para ser transportados conjuntamente (Valcárcel Fernández, 2011: 136).

- Avión-carretera: Se ha estimado que cuando para el traslado de mercancías se recurre en algún tramo al transporte aéreo, éstas tan sólo pasan el 15% del tiempo total del recorrido efectuado volando, mientras que el resto se corresponde a actuaciones llevadas a cabo en tierra. Incluso, las propias compañías aéreas en ciertos casos utilizan el camión en lo que denominan *Road Feeder Service*. Esta circunstancia, de una parte, encarece los costes totales del desplazamiento, pues el traslado por avión es más costoso, y además, acaba repercutiendo en una mayor lentitud de la operación total (Ruiz Rodríguez: 13).

Según Valcárcel Fernández (2011: 136), lo expuesto permite concluir que la carretera es un modo de transporte capital, cuando se crea una cadena de traslados sucesivos. En fin, se considera que sin un sistema de transporte por carretera eficaz y dinámico los otros modos de transporte no funcionarían correctamente.

C. Especialmente rentable para trayectos de corto recorrido

El transporte por carretera resulta rentable para trayectos de corto recorrido, tanto por lo que se refiere al transporte de pasajeros como de mercancías. Puede afirmarse que en trayectos de ámbito regional, el modo de transporte al que por excelencia se recurre es la carretera. Reiterados estudios demuestran que los camiones son un medio de transporte rentable para trayectos que no superen una distancia comprendida entre los 400-500 km, pues para trayectos de mayor distancia, existen otras alternativas que pueden resultar más rápidas y económicas. Debido a la capacidad de carga limitada de los vehículos y/o camiones, a partir de

ciertas distancias los costes unitarios de transporte por kilogramo o por metro cúbico son muy elevados (Valcárcel Fernández, 2011: 137).

Sin embargo, hay que tener presente que en el caso de transporte de mercancías la elección del modo de transporte que se vaya a emplear no solo depende de la distancia de desplazamiento, sino también del tipo de carga que haya de transportarse (Valcárcel Fernández, 2011: 137).

D. Modo de transporte más flexible y versátil

La carretera es el único modo de transporte en el que, al menos respecto de la prestación de algunos de los servicios incluidos en la categoría de mercancías y pasajeros, la adquisición del vehículo preciso para ello resulta más asequible para una economía particular media, tanto si es con financiación propia como ajena. Este rasgo contribuye a explicar, al menos en parte, la gran atomización del sector (Ruiz Rodríguez: 13)

La flexibilidad y versatilidad también se emplean para aludir a que el transporte de mercancías por carretera permite el desplazamiento de cualquier tipo de producto, hasta ciertos límites de peso, a prácticamente cualquier parte. Hasta el punto de que no resulta difícil constatar que, al presente, en distancias medias y cortas este tipo de transporte no tiene competencia alguna (Valcárcel Fernández, 2011: 139).

Así pues, se quiere aludir a la amplia frecuencia que pueden tener los desplazamientos realizados por carretera, que es el único modo de transporte a través del cual puede realizarse un servicio con una frecuencia y una regularidad prácticamente sin límites; principalmente, en el campo de los transportes discrecionales (los regulares no gozan de estas ventajas por la necesidad de respetar los horarios y trayectos fijados para prestarlos) en el que los vehículos no están

sujetos a calendarios ni a horarios y pueden iniciar la marcha tan pronto como se hayan cargado. Además, ante cualquier dificultad que se presente en el recorrido se puede intentar elegir rutas alternativas, posibilidades que son impensables, al menos en su mayoría, en otros modos de transporte (Valcárcel Fernández, 2002: 207-254).

Se habla además de su gran adaptabilidad en el sentido de que el transporte por carretera, en pocos años, se ha colocado a la cabeza del transporte terrestre, tanto en viajeros como en mercancías, y ello a pesar de la normativa dictada con la intención de favorecer el ferrocarril. Y es que el sector ha sabido adaptarse rápida y adecuadamente a los cambios que la tecnología ha favorecido, así como a las exigencias de la demanda (Piñanes Leal: 39).

El transporte por carretera ha sido el modo que más ha influido en el crecimiento, suponiendo actualmente un 70% del total de la actividad en la Comunidad europea. A pesar de los intentos políticos por contener el crecimiento del transporte por carretera en beneficio de otros modos de transporte, todos los especialistas reconocen que los camiones seguirán siendo la clave del transporte europeo en los próximos años (Ruiz Rodríguez: 14).

E. Sector caracterizado por la excesiva atomización

En España el transporte por carretera tiene unos rasgos estructurales muy marcados. En concreto, atendiendo a las dimensiones de las empresas que en él se mueven, se ha venido caracterizando por su elevado grado de fragmentación; esto es, por la existencia de un gran número de propietarios individuales de bienes de producción denominados autónomos o auto patronos. Se dice que este tipo de mercado presenta un alto grado de atomización empresarial con predominio de las empresas de reducida dimensión (Izquierdo Llanes y Fernández Sánchez: 579).

Para el mercado nacional, no obstante, y a pesar de que el atributo señalado pudiera inducir a pensar que existe una notable diversificación del volumen de negocio total, se aprecia lo contrario, esto es, que pese a la atomización, son las empresas de mayor tamaño las que absorben gran parte de los movimientos que en él se realizan. La atomización empresarial en la actividad de transporte público por carretera no es un fenómeno aislado de España, ya que también está presente en países comunitarios como Italia y Portugal, por contraste con lo que ocurre en otros como Holanda y Bélgica en los que se aprecia una mayor dimensión de la empresa. Por lo que a España se refiere, la atomización ha sido un rasgo de identidad de este segmento de negocio desde el mismo momento en que se produce su despunte. Hasta el punto de que el legislador al dictar, sucesivamente, la normativa que a lo largo del tiempo se ha ocupado de regularlo ha sido consciente de ello y, en algún momento, incluso pareció abogar por favorecer esta situación (Valcárcel Fernández, 2011: 142).

Con relación a las causas que explican este fenómeno, se puede mencionar que el sector del transporte por carretera no se distingue por requerir de elevados costes hundidos como, por el contrario, suele suceder en aquellas modalidades de transporte que precisan para su existencia de la creación de una red específica, por ejemplo el ferrocarril, y porque además, en este caso el principal activo, el automóvil (coche, camión, autobús, etc.) es susceptible de usos alternativos y por consiguiente es más sencillo recuperar las inversiones realizadas para su adquisición (Izquierdo Llanes y Fernández Sánchez: 572).

En cuanto a las medidas jurídicas que se han adoptado para atajar la atomización, en España se aprobó la Orden Ministerial de 24 de agosto de 1999 por la que se desarrolló el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres en materia de autorizaciones de transportes de mercancías por carretera.

En su exposición de motivos se reconocía abiertamente que con su promulgación se trataba de dar un paso más hacia la liberalización del mercado del transporte terrestre por carretera, para lo cual se optaba por eliminar restricciones todavía subsistentes en el otorgamiento de nuevas autorizaciones de transporte y que nada tenían que ver con la exigencia de un nivel mínimo de cualificaciones de la empresa transportista. Asimismo, requería contar con una mínima capacidad económica (Valcárcel Fernández, 2011: 149).

Finalmente, pueden citarse los resultados publicados en el informe de la Comisión Nacional de la Competencia de diciembre de 2008 *«Trabajando por la Competencia. Informe sobre la competencia en el transporte interurbano de viajeros en autobús en España»*, en el que se concluye que la atomización de la estructura empresarial del sector del transporte de viajeros por carretera en España, ha experimentado una reducción durante la última década. En 2007 existían 3963 empresas autorizadas en el servicio público de transporte de viajeros en autobús, cifra que supone una reducción del 19.5% en relación con las cifras de 1998. Sin embargo, la crisis económica en la que estamos inmersos ha afectado gravemente al sector. Específicamente, el transporte de mercancías por carreteras cayó alrededor de un 20% en 2009 en comparación con los datos del 2008. Contracción que ha supuesto la desaparición de numerosas empresas de pequeño y mediano tamaño que operaban en este ámbito (Valcárcel Fernández, 2011: 153).

F. Otras características

Una característica adicional que podemos mencionar es la saturación de las vías lo cual contribuye a incrementar los problemas de seguridad vial. De igual forma, podemos destacar como un aspecto negativo del transporte por carretera, el hecho de que es un medio altamente contaminante. En este sentido cabe señalar que uno de los objetivos clave de la política de transporte de la Unión Europea, aun no

alcanzado, es lograr coordinar el crecimiento económico con la incorporación de soluciones suficientes para paliar los elevados daños ambientales asociados al mismo (Valcárcel Fernández, 2011: 154).

7. POLÍTICA COMUNITARIA DE TRANSPORTE

A. Consideraciones preliminares

El sector de transporte, globalmente considerado, ha venido siendo objeto directo de atención preferente por parte de las instituciones comunitarias. Su relevancia económica, la enorme relevancia que puede tener sobre el resto de los sectores productivos, así como su directa relación con la realización de algunas de las principales metas de la Unión Europea, han sido razones de peso suficiente que justificaron que el transporte, en sí mismo considerado, se hubiese concebido como un mercado económico diferenciado que debía erigirse en una política comunitaria específica. Esta concepción que del transporte se tuvo desde los orígenes mismos de las Comunidades se entiende mejor aún si recordamos el carácter eminentemente económico que dio origen a la Unión Europea. Se tenía claro que la puesta en marcha de una comunidad económica superestatal precisaba de una integración horizontal que, indispensablemente, debía incluir al transporte, cuyo desarrollo armónico necesitaba de una política autónoma (Fernández Farreres: 423; Arroyo Abad: 51; Mambrilla Rivera: 139; Arana García: 9).

Incluso el documento Spaak³, antecedente inmediato del Tratado de Roma, recogía que debía tenderse, por etapas, a la liberalización total en la prestación de servicios en el sector del transporte público, tanto por carretera como ferroviario. Sin embargo, las considerables divergencias entre los sistemas vigentes en los países asociados, dificultaban la definición de una fórmula única aplicable a dicha meta (Valcárcel Fernández, 2011: 67).

³ Elaborado por el entonces ministro belga de Asuntos Exteriores, Paul-Henri Spaak.

Hasta entonces, los Estados que integran la Unión Europea habían utilizado sus políticas estatales de transportes como un mero instrumento de desarrollo nacional o, en su caso, regional, a través del cual, se podía contribuir al logro de un objetivo más amplio de política social. Esta forma de entender la política de transportes suponía, a menudo, abandonar, al menos en parte, la búsqueda de la máxima eficiencia interna del propio sector y renunciar al pleno desarrollo de sus potencialidades. En fin, parecía que una condición *sine qua non* del desarrollo del mercado común era que las políticas estatales de transporte dejaran de ser discriminatorias, por lo menos en el sentido nacional, y se dirigiesen al logro de la eficiencia interna dentro del propio sector (Gwilliam: 40).

Teniendo presente que la integración de los países europeos en la actual Unión se fundamenta, en la instauración de un espacio común en el que esté garantizada la libre circulación de mercancías, de bienes, personas, servicios y capitales, no resulta extraño que desde un primer momento se apreciase que el adecuado desarrollo del transporte permite crear las condiciones necesarias para el ejercicio de esas libertades fundamentales, al tiempo que repercute en el impulso de otras importantes políticas comunitarias que con el tiempo se fueron desarrollando como lo fueron la agrícola, la industrial, la de comercio, la medioambiental, o, incluso, en el avance de la cohesión e integración social de todos los pueblos comunitarios, dado el papel vertebrador del territorio que subyace en los transportes (Valcárcel Fernández, 2011: 68).

Así pues, cuando en 1957 se redactó el Tratado de Roma se consideró que el transporte, junto con la agricultura, las relaciones comerciales exteriores y el sistema aduanero común, debía conformar el núcleo sobre el que comenzar a actuar para alcanzar la integración buscada. Por lo que al transporte se refiere, los objetivos a conseguir eran: la liberalización progresiva de este mercado, eliminar la

intervenciones proteccionistas que hasta entonces habían practicado los Estados. En cuanto al transporte por carretera, tanto de viajeros como de mercancías, los planteamientos comunitarios que en el horizonte se manejaban, pueden sintetizarse en tres grandes bloques (Valcárcel Fernández, 2011: 68):

- La liberalización tanto del transporte internacional como del cabotaje. Esto es, la supresión de todas las restricciones de tipo cuantitativo que a través de cupos o contingentes máximos existían y que limitaban el número de operadores de transporte.
- La elaboración de normas comunes de naturaleza cualitativa referidas a la capacitación profesional exigibles a los transportistas u operadores para acceder como profesionales a este sector.
- La armonización de las condiciones de concurrencia entre los transportistas de los diferentes Estados miembros a partir del establecimiento de una regulación homogénea que habría de regir en materia de transporte por carretera en los distintos países miembros atinente a aspectos muy variados como, sociales, fiscales, y técnicos.

B. La génesis de la Política Comunitaria de transporte por carretera

Según mencionamos anteriormente, el mosaico de regímenes jurídicos nacionales en esta materia eran muy dispares. Los países del BENELUX eran proclives al afianzamiento del principio de libre prestación de servicios en un mercado único. Mientras que principalmente Alemania e Italia consideraban que antes de abrir sus mercados nacionales a los competidores de los otros países resultaba imprescindible avanzar en la armonización de las condiciones de competencia. Ocurría que en estos últimos dos países los servicios de transporte por carretera, tanto de mercancías como de viajeros, aunque no podían considerarse

auténticamente monopolios naturales, venían sometidos a regímenes que restringían la entrada de operadores y conforme a los cuales se fijaban precios máximos. Aunque la competencia en estos mercados era factible no se consideraba deseable. Entendían por tanto, que la apertura del mercado sin una armonización normativa previa podía situar a los transportistas en una situación delicada respecto a los nuevos potenciales competidores de otros Estados (Herce y De Rus: 29-3-; Piñanes Leal: 318-320; Membrilla Rivera: 146).

La solución que se plasmó en los Tratados constitutivos de la Unión Europea no se tradujo, inicialmente, en la adopción de medidas tendentes a la apertura del sector. Habían triunfado los obstáculos que planteaban algunos Estados miembros y que eran fruto de una combinación de factores geográficos, históricos y económicos. Así pues, se aceptó que dado los relevantes intereses en juego no se podía abogar por la introducción inmediata de un régimen de transporte liberalizado (Gwilliam: 40-41).

De esta forma, al redactarse el Tratado de Roma, la Comisión optó por incluir un conjunto de normas que si bien sancionaban algunos principios generales en la materia, no dotaban de un verdadero contenido sustancial a la política común de transportes. Específicamente, al transporte se le dedicaba el Título IV (actual Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)), que comprendía de los artículos 74 a 84 (actuales 90 a 100 del TFUE), cuyo contenido se podría resumir de la siguiente forma (Valcárcel Fernández, 2011: 72):

- Se trataba de liberalizar el transporte internacional y el cabotaje, para lo cual era necesario que durante un periodo transitorio, que abarcaría de 1958 a 1970, se elaborasen las normas comunes que la posibilitasen. Se pensaba en afianzar el marco adecuado para facilitar que el transporte se llevase a cabo a través de distintos Estados, así como impulsar que los transportistas

de un Estado pudieran prestar servicios en otro Estado miembro distinto al de su residencia. Además, se dejaba una puerta abierta a la elaboración de cualquier otra norma que se entendiese necesaria para conseguir los principios generales de la Comunidad en el sector de transportes. En tanto no se contase con esta regulación se adoptaba una cláusula de bloqueo o *stand still* para impedir que en el *interin* pudiesen adoptarse cualesquiera medidas que produjesen efectos que, directa o indirectamente, desfavoreciesen a los transportistas de los demás Estados miembros, con respecto a sus transportistas nacionales.

- Mientras que con carácter general se declaraban incompatibles con el Mercado Común las ayudas con fondos públicos, para los transportes rige una regla especial. En este sentido el entonces artículo 77 (actual art. 93 del TFUE) determinaba que serían compatibles con el Tratado de Roma ayudas que respondiesen a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondiesen al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público.
- Frente al régimen general de libre competencia en la fijación de precios, en relación con los transportes se previó la posibilidad de establecer medidas tarifarias.
- Se establecía que al menos hasta el final de la segunda etapa, la aprobación de las normas sobre esta materia debía realizarse por unanimidad del Consejo.

a) Periodo de 1958 a 1973

A pesar de la política de transporte plasmada en el Tratado de Roma, la realidad fue que la misma quedó rezagada. La imprecisión del Tratado de Roma en

este tema fue una de las razones pero, sobre todo, el retraso se debió a la falta de voluntad al respecto por parte de los Estados más intervencionistas, que una y otra vez se oponían en el seno del Consejo a las ideas liberalizadoras que pretendía impulsar la Comisión. El resultado fue que entre 1958 y 1985, el Consejo de Ministros fue incapaz de plasmar en acciones concretas las propuestas de la Comisión (Valcárcel Fernández: 74).

El desarrollo de la política de transporte plasmada en el Tratado de Roma movió a la Comisión a elaborar un Memorándum, conocido como Memorándum Schaus, que vio la luz el 10 de abril de 1961. La idea de fondo era convertir el mercado internacional de transportes en un auténtico mercado interior, un mercado común de transportes basado en el principio de la libre competencia. Para ello el Memorándum establecía una serie de actuaciones tendentes a la procura de tres metas (Arroyo Abad: 15):

- En primer lugar, pretendía acabar con los obstáculos que el transporte planteaba para el establecimiento del Mercado Común en su totalidad. Específicamente, eliminar por un lado, las distorsiones a la competencia en los diferentes modos de transporte y entre los diferentes Estados miembros, y, de otro, la discriminación nacional intencionada imponiendo tasas y condicionantes como barreras físicas para los movimientos internacionales.
- En segundo término, se proponía realizar una investigación de servicios internacionales a nivel comunitario, para incluir un punto de vista internacional en cuanto a los controles sobre la entrada y la explotación en el mercado internacional.
- Por último, se apostaba por un acercamiento progresivo de las organizaciones nacionales del sector de transporte en el seno de la Comunidad. Con ello se buscaba crear un clima adecuado que, en última

instancia, permitiese llegar a consolidar la libertad de establecimiento. Se pensaba que la transición desde unos mercados fuertemente regulados hacia un mercado comunitario liberalizado exigía, como paso previo, una armonización progresiva de las condiciones de explotación en los distintos mercados nacionales.

De acuerdo con estos objetivos, el Memorándum se completó un año más tarde, el 23 de mayo de 1962, con un Programa de Acción Común en el que la Comisión proponía ya un conjunto de medidas concretas en la línea apuntada, medidas que, en gran parte, no fueron inmediatamente adoptadas por el Consejo. No obstante, el Memorándum, y junto con él el Programa de Acción que lo desarrollaba, pueden considerarse el primer intento comunitario de definición de una política global y coherente en materia de transporte, siendo el transporte por carretera, en especial el transporte de mercancía, el que constituía una pieza clave de la misma (Martínez Corberó: 362).

A partir de estos planteamientos comienzan a dictarse las primeras normas con incidencia directa en el transporte terrestre. Podemos comenzar señalando el Reglamento (CEE) n° 11/1960⁴, que pretende contrarrestar la competencia desleal, en particular, en lo que respecta a la fijación de precios. Así, se introdujo la obligatoriedad del documento de transporte, que contiene, entre otras cosas, información sobre el remitente, la naturaleza y el peso de la mercancía y los precios de transporte (Valcárcel Fernández: 76).

b) Periodo de 1973 y 1985

En 1973, el mismo año del ingreso en las Comunidades de Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca, se publica la Comunicación de la Comisión al Consejo, de 24

⁴ Publicado en el DO 52, de 16 de agosto de 1960.

de octubre de 1973, sobre el desarrollo de la política común de transportes. En este texto la Comisión persiste en su intento de convencer a los Estados miembros acerca de la necesidad de profundizar en la liberalización del transporte. Pese a estos esfuerzos, dado lo irreconciliable de las posturas de algunos países integrados, la Comisión abandonó sus objetivos y se centró en la armonización de las condiciones de competencia. Es en esta época cuando la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) comenzó a manifestarse. En concreto, en la Sentencia de 11 de noviembre de 1981⁵, se puso de manifiesto que el contenido de las obligaciones referidas al transporte debía determinarse de acuerdo con sus disposiciones específicas contenidas en el Tratado de Roma. La resolución deja patente que la armonización en el ámbito del transporte requiere de la adopción de reglas comunes y constituye un elemento esencial de la política común de los transportes (Valcárcel Fernández: 77).

C. Intervención del Parlamento Europeo

El 24 de noviembre de 1977, la Comisión Europea opta por presentar al Consejo un programa de actividades en el que indicaba las que entendía debían ser las metas a alcanzar en política de transporte en el horizonte de 1980. A la vista del Programa, y sabedor de lo que estaba ocurriendo, el Parlamento Europeo decidió reaccionar y en febrero de 1980 aprobó una resolución mediante la que instaba la Comisión y al Consejo a regular una batería de medidas en materia de transporte. La persistencia de la tendencia obstruccionista en el Consejo por parte de algunos Estados miembros no se modificó (Piñanes Leal: 16).

Esta actitud fue considerada inadmisible por el Parlamento y sobre la base de su Resolución de fecha 16 de septiembre de 1982 presentó un recurso de carencia contra el Consejo ante el TJCE. El Parlamento, apoyado por la Comisión

⁵ Asunto 203/80, *Casati*.

en calidad de interviniente, acusaba al Consejo de haber violado el Tratado de Roma por no haber impulsado hasta entonces la política común de transportes prevista, y haber desatendido reiteradamente las propuestas presentadas por la Comisión en este sentido. Este fue el primer proceso judicial interpuesto por el Parlamento en contra del Consejo por incumplimiento de su obligación de instaurar una de las políticas previstas en los Tratados (Piñanes Leal: 16).

En el recurso antes indicado, el Parlamento solicitaba al TJCE que declarase la violación por el Consejo de los artículos 3, 61, 74, 76 y 84 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE) por no poner la debida diligencia en la procura de los objetivos fijados en tales preceptos. Concretamente, las normas presentadas por la Comisión y no aprobadas por el Consejo superaban la docena (Fernández Farreres: 425).

Según Alonso García (2000: 77-132), el recurso fue resuelto por el TJCE en su importante Sentencia de 22 de mayo de 1985⁶. En ella, el Tribunal consideró que, en efecto, se había producido un incumplimiento de lo dispuesto en el Tratado pues los órganos comunitarios competentes se habían abstenido “*de pronunciarse en una situación en que la institución estaba obligada a hacerlo*”. Ahora bien, el Tribunal, aun asumiendo la naturaleza imperativa del periodo previsto en el Tratado para establecer una política común de transporte, decide rechazar el recurso por omisión, probablemente valorando la posible inoperatividad de su pronunciamiento, al no poder fijar en él los parámetros a los que habría de quedar sometido el Consejo –dada su discrecionalidad al respecto– a la hora de establecer la mencionada política.

⁶ Parlamento/Consejo (13/83, Rec. P. 1513).

Así pues, el Tribunal entendió que aunque no podía suplir la discrecionalidad del Consejo para definir el curso normativo de la política de transportes comunitaria, no por ello en la sentencia dejó de considerar que la puesta en marcha de esta política era obligada y de reconocer que había existido un incumplimiento por parte del Consejo, que había incurrido en una inactividad determinante de la lesión del principio de no discriminación, al no haber garantizado la libre prestación de servicios en el sector de los transportes, obstaculizando la libre prestación de servicios de transportes internacionales y la fijación de las condiciones de admisión de los transportistas no residentes a los transportes nacionales, de un Estado miembro (Ordóñez Solís: 75; Ruiz Rodríguez: 16; Fernández Farreres: 425). El Tribunal declara que, de acuerdo con el calendario establecido en los Tratados, estas medidas hubieran tenido que adoptarse antes del 31 de diciembre de 1969, y, no habiendo sido así, pidió al Consejo que procediese a aplicarlas en un plazo razonable (Valcárcel Fernández, 2011: 80).

Cáscales Moreno (2009: 76), opina que el pronunciamiento del TJCE previamente discutido constituyó el momento con mayor significación hasta entonces habido en el proceso de elaboración de la política común de transporte. En lo tocante al transporte por carretera sirvió de estímulo para que en los años siguientes se cumpliera el mandato del entonces artículo 71 del Tratado de la Unión Europea relativo al establecimiento de la libertad de tráfico internacional de viajeros y de mercancías, así como de cabotaje.

D. La situación tras la Sentencia de 1985

La Sentencia de 1985 no dejó indiferente a ninguna de las Instituciones comunitarias y superada la fase inicial de atonía, en el marco de la política Comunitaria de transporte fue adquiriendo un papel crucial la liberalización del transporte de viajeros y mercancías por carretera. En junio de 1985 la Comisión

hizo público el Libro Blanco sobre la realización del mercado interior (Libro Blanco)⁷, en el que además de identificarse y reconocerse por primera vez cuáles habían sido los obstáculos que impedían el logro del mercado único, se formulaban recomendaciones destinadas a superar tales inconvenientes y a garantizar en un cierto periodo de tiempo la libre prestación de servicios que serían fundamento de la política común de transporte (Valcárcel Fernández, 2011: 80).

La premisa del Libro Blanco era que *“el derecho a asegurar la libertad de los servicios de transporte de toda la Comunidad es un elemento importante de la política común de transportes prevista por el Tratado (en la medida en que) los transportes representan más del 7 por 100 del PIB de la Comunidad y la creación de un mercado libre en este sector tendría incidencias económicas importantes para la industria y el comercio”*. De ahí que, por lo que al transporte por carretera se refiere, la Comisión entendiese indispensable: *“suprimir, de aquí a 1988, a más tardar, todas las restricciones cuantitativas (cuotas) y establecer las condiciones que permitan a un transportista no residente participar en el cabotaje de otro Estado miembro”*.

En lo tocante a los servicios de transporte de viajero, entendía debía proseguirse su liberalización e introducir un nuevo régimen hasta 1988, es decir, prestar servicios de transporte interior en otro Estado miembro (cabotaje). En cuanto al Consejo, la sentencia logró movilizar su actuación y en noviembre de 1985 aprobó tres medidas de gran importancia: la creación de un mercado libre sin restricciones cuantitativas; el aumento de los contingentes bilaterales y de las cuotas comunitarias y la eliminación durante un periodo de transición de las distorsiones de la competencia mediante normas de armonización técnica y social (Valcárcel Fernández, 2011: 81).

⁷ COM (85), 360 final.

En palabras de Piñanes Leal (333), estas medidas representaban una solución de compromiso entre la opción defendida por el grupo de Estados miembros que consideraban que la sentencia exigía la liberalización total del mercado sin ningún control cuantitativo de las capacidades (Reino Unido, Países Bajos, Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Grecia y Luxemburgo) y los países que consideraban que la libertad de prestación de servicios significaba la supresión de las discriminaciones nacionales en el acceso al mercado, pero no imposibilitaba la existencia de controles cuantitativos de la capacidad (Francia, Alemania, Italia).

E. El Acta Única Europea

En 1986 se aprobó el Acta Única Europea (AUE) a través de la cual el Consejo adopta como principio general el de la liberalización del transporte intracomunitario. La AUE también fomenta la consecución de una efectiva cohesión económica y social a través del establecimiento de una adecuada Red Transeuropea de Transportes (RTT). Así se ha destacado en varias ocasiones por las instituciones comunitarias. De forma incipiente, la consolidación de unas Redes Transeuropeas como meta europea se consagra a través de la aprobación del AUE. Se potenció entonces la idea de que la realización del mercado interior pasaba, necesariamente, por incrementar la solidaridad económica y social. De ahí surge la interdependencia y conexión entre ambos objetivos, adquiriendo un auténtico peso específico la procura de la armonización, unión y desarrollo de las infraestructuras de transporte de los Estados miembros. En ellas se ve además un instrumento clave para conseguir la libre circulación física de mercancías y personas (Valcárcel Fernández, 2011: 82).

Los motivos por los cuales la Comisión entendía necesario potenciar los esfuerzos en aras a la consecución de unas adecuadas Redes Transeuropeas, pueden resumirse en los siguientes puntos (Valcárcel Fernández, 2005: 315-342):

- El aumento previsible de los intercambios comunitarios a causa de la desaparición de las barreras físicas, técnicas y fiscales. No cabe duda de que la consecución de un mercado único requiere de unas infraestructuras adecuadas para hacer frente a los incrementos de tráfico de personas, bienes y servicios que se esperan consolidar (efecto volumen).
- Necesidad de interconectar las infraestructuras y servicios existentes para que se correspondan con la nueva dimensión del Estado. Se logra con ello la maximización de las redes nacionales, puesto que la existencia de una red transeuropea de transportes (también incluye energía y telecomunicaciones) considerada de forma global y fronteriza coadyuva a obtener un margen mayor de operatividad y eficiencia de las redes nacionales individualmente consideradas (exigencia de interoperabilidad).
- Importancia de tener en cuenta la dimensión comunitaria a la hora de concebir y desarrollar futuras redes de infraestructuras (efecto comunitario).
- Conveniencia de que la calidad de los servicios se correspondiesen con la magnitud del espacio europeo (exigencia de calidad).
- Intento por reducir las distancias entre todos los componentes del espacio comunitario. Si uno de los anhelos comunitarios radica en alcanzar la convergencia real entre los países miembros, la plena integración interestatal pasa por la mejora de las infraestructuras de enlace de los Estados miembros menos desarrollados buscando se equiparación con los más punteros (efecto cohesión).

Con estos precedentes en el AUE, mediante la firma del Tratado de la Unión Europea en Maastricht el 7 de febrero de 1992, se reconoció la importancia de la creación de las Redes Transeuropeas. Según Valcárcel Fernández (2011: 83), uno de los defectos que puede achacarse a la concepción originaria de la política de transportes previstas en el Tratado de Roma había sido la no inclusión de ninguna referencia a las infraestructuras precisas para la adecuada realización de esta actividad, aspecto éste que sólo se reflejaría en los Tratados a partir de la aprobación de la AUE, y, más tarde se reforzaría con el Tratado de Maastricht. Desde luego, la mejora de la red europea de carreteras ha constituido y constituye un factor decisivo para el desarrollo y extensión de los servicios de transporte que nos ocupa. Como mencionáramos antes, un sistema de transporte por carretera eficaz es imprescindible para que los otros modos de transportación funcionen adecuadamente ya que la mayor parte de los desplazamientos de mercancías y pasajeros comienzan y/o terminan con un trayecto por carretera.

CAPÍTULO QUINTO

NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIA DE

COLABORACIONES PÚBLICO-PRIVADA

1. TRASFONDO GENERAL

Las limitaciones presupuestarias a que se enfrentan las distintas administraciones públicas en el ámbito de la Unión Europea (EU) han determinado el acercamiento al sector privado a fin de complementar los recursos necesarios para acometer los grandes proyectos de infraestructura pública. Ante la creciente demanda social de infraestructuras y una combinación de limitaciones presupuestarias y resistencia pública al aumento impositivo, se ha ido imponiendo el recurso a modelos alternativos de financiación que permitieran atender las necesidades públicas de inversión con las restricciones propias del modelo económico de estabilidad presupuestaria que se ha impuesto en el espacio común europeo (Fuentes Fernández: 271).

Como señalan Cruz Ferrer y Onega Carrión (2001:471) respecto de las infraestructuras de transporte, el resultado más claro de estos cambios es el incremento de la cuota de mercado del sector privado. Esta tendencia se mantendrá mientras la demanda de estos servicios crezca más rápido que la capacidad de los gobiernos para generar los fondos suficientes para financiarlos. La participación privada es, en muchos países, una necesidad. Los Gobiernos no pueden permitirse seguir siendo los únicos operadores e inversores en infraestructuras de transporte.

En igual sentido Mínguez Prieto (2000: 488-489) apunta que el problema que se lleva viviendo en los últimos años es cómo incrementar la atracción de capitales privados para que financien infraestructuras públicas y, especialmente, en

un momento donde los Estados, por obligaciones resultantes del modelo económico al que se han vinculado, como sería el caso de España al ser miembro de la UE, no pueden mantener déficit público pasando éstos a constituir una cuestión proscrita e imposible de asumir para cumplir con los cánones de esas nuevas órbitas político-económicas.

El desarrollo de los esquemas de colaboración forma parte de la evolución más general del papel del Estado en el ámbito económico al pasar de operador directo a regulador y controlador, así como contribuir en última instancia a la reducción de la intervención del Estado en la economía. Por ello, las reformas van más allá de la simple búsqueda de la eficiencia y obedecen a un verdadero cambio en la concepción del papel que juega el sector público (Cruz Ferrer y Onega Carrión, 2001: 471).

Según opina Fuertes Fernández (2015), el recurso a la colaboración con el sector privado para acometer los grandes proyectos de inversión pública se presenta como una necesidad impulsada incluso desde las iniciativas comunitarias. A raíz de la proliferación de esquemas cada vez más complejos de financiación privada de infraestructuras, especialmente en el Reino Unido dónde se inició un rápido desarrollo de proyectos surgidos en el seno de la *PFI* y, en particular, las fórmulas del tipo *DBFO* y *Joint Ventures*, la Comisión Europea advirtió la necesidad de fomentar estas fórmulas y canalizó su interés por el fenómeno creciente de la colaboración público-privada a través de diversos documentos de referencia para la práctica de estos proyectos en el espacio comunitario, auspiciando decididamente su impulso por los diferentes países como un adecuado recurso de financiación para el futuro inmediato.

La creación del mercado único pretende la introducción de la competencia entre las empresas privadas y ello significa eliminar en lo posible los reductos

monopolísticos en manos públicas y potenciar su privatización material, entendiendo probada la ineficiencia del sector público y los elevados riesgos de corrupción en sus relaciones con el sector privado. De ahí que la normativa comunitaria sobre contratación pública regule esencialmente la transparencia y la concurrencia en los procesos de contratación, y que cualquier relación público-privada se someta a los principios generales del Tratado de Roma como la no discriminación, igualdad de tratamiento, transparencia, reconocimiento mutuo y proporcionalidad (Clark y Norris, 1999).

Teisman y Klijn (2000:167) señalan que mientras las políticas comunitarias se orientan hacia la diferenciación entre el sector público contratante y los sujetos privados licitantes, las tendencias sociales abogan por la cooperación y la colaboración en el dominio privado, así como público-privado. La cuestión de cómo solucionar estas tendencias opuestas está aún en la agenda de la UE. Todo ello demuestra una clara tensión entre las políticas sobre procedimientos de contratación comunitarios y el reciente interés por la colaboración público-privada. En vista de lo anterior, Fuertes Fernández (2015: 274) apunta a que numerosa doctrina considera que el desarrollo de la colaboración público-privada se desarrolló muy a pesar de los procedimientos de contratación comunitarios.

Así las cosas, las instancias comunitarias únicamente vinieron a reconocer una realidad compleja que ya estaba teniendo lugar en el espacio europeo para dotar a los países miembros de criterios uniformes de actuación en lo referente a la regulación sobre adjudicación de contratos y concesiones, así como a su registro contable de acuerdo a las normas comunitarias y ofrecer referencias orientativas sobre la implementación de las fórmulas más habituales en la práctica (Cavallier 1998: 48). Sin embargo, hubo una renuncia expresa a establecer una regulación específica sobre colaboración y ni tan siquiera se abordó una delimitación

conceptual de la figura, sino solamente ciertos rasgos comúnmente presentes en la mayoría de sus manifestaciones (Fuertes Fernández: 275).

La primera reflexión sobre la colaboración público-privada tuvo su origen en las comunicaciones de la Comisión Europea relativas a los proyectos de la Red Transeuropea de Transporte⁸, en las que se plantea la conveniencia de utilizar distintas fórmulas de asociación entre los sectores público y privados, desde la ya consolidada figura de la concesión hasta otras nuevas formas de asociaciones basadas en el reparto de riesgos y beneficios, como una opción válida para la financiación de las infraestructuras de transporte en Europa (Fuertes Fernández: 276).

2. EL LIBRO VERDE SOBRE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Y NORMATIVA COMUNITARIA SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS Y CONCESIONES

El *Libro Verde sobre Colaboración Público-Privada y Normativa Comunitaria sobre Contratos Públicos y Concesiones* de 30 de abril de 2004 (en adelante Libro Verde), se aprobó con el objetivo de poner en marcha un debate sobre la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones al fenómeno de la CPP. El debate se centra en las normas que han de aplicarse cuando se opta por confiar una misión o tarea a un tercero (apartado 17 del Libro Verde).

El principio general consagrado en el Libro Verde es que todo acto en virtud del cual una entidad pública confía la prestación de una actividad económica a un

⁸ Comunicación de la Comisión relativa a “*Las asociaciones entre los sectores públicos y privado en los proyectos de la red transeuropea de transporte*”- COM (97) 453 y Comunicación de la Comisión sobre “*Desarrollo de la red transeuropea de transporte: financiación innovadoras e Interoperabilidad del telepeaje*” COM (2003) 132.

tercero debe ser examinado en función de los principios y normas del Tratado de la Comunidad Europea, especialmente en lo que se refiere a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, incluyendo los principios de transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo⁹. Sin embargo, el Libro Verde enfatiza en que *“el Derecho comunitario de la contratación pública y las concesiones es neutral en cuanto a la decisión que han de tomar los Estados miembros de prestar un servicio público a través de sus propios medios o de confiárselos a terceros”* (apartado 17 del Libro Verde).

El Libro Verde atribuye el fenómeno de la colaboración público-privada a las restricciones presupuestarias que han afrontado los Estados miembros y a la necesidad de recibir financiación privada. Otra razón sería el deseo de aprovechar en mayor medida los conocimientos y métodos de financiamiento del sector privado y por último la evolución del papel del Estado en el ámbito económico que ha pasado de operador directo a organizador, regulador y controlador. El Libro Verde además cita algunos ejemplo de sectores y actividades en los que los Estados

⁹ *“En el presente Libro Verde se debate el fenómeno de la CPP respecto al Derecho comunitario de la contratación pública y las concesiones. En el Derecho comunitario no se prevé ningún régimen específico que englobe el fenómeno de la CPP, únicamente se establece que, tanto si es contractual como unilateral, todo acto en virtud del cual una entidad pública confía la prestación de una actividad económica a un tercero debe ser examinado en función de los principios y normas del Tratado, especialmente en lo que se refiere a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios (artículos 43 y 49 del Tratado CE). Estos principios incluyen los principios de transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo. Asimismo, en los casos que entran en el ámbito de las Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos se aplican disposiciones detalladas. Estas Directivas tienen por objeto «proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro y, con dicho fin, excluir tanto el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores nacionales en cualquier adjudicación de contratos como la posibilidad de que una entidad adjudicadora pública se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico». No obstante, la aplicación de las disposiciones detalladas de dichas Directivas está supeditada a determinadas hipótesis y se refiere, en particular, a la etapa de adjudicación de los contratos”* (apartado 1.2(8) del Libro Verde).

miembros vienen recurriendo a estas fórmulas de colaboración público-privada. Se trata del ámbito de transporte, la sanidad pública, la educación y la seguridad pública. Asimismo, señala la Comisión que se está acudiendo a estas fórmulas para la gestión de servicios públicos en el ámbito local, tales como la gestión de residuos o la distribución de agua o energía (Chinchilla Marín, 2006: 616).

Reconociendo que no existe una definición de colaboración público-privada en el ámbito comunitario, el Libro Verde define el concepto de la siguiente manera: “*se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizarla financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio*” (apartado 1 del Libro Verde). Su indeterminación y ambigüedad han sido puestas de manifiesto por la doctrina en el sentido de que bien podría aplicarse la definición a la mayoría de los contratos públicos. En particular, González García cataloga correctamente la figura de la colaboración público-privada como *modelos para armar* (Fuertes Fernández: 278; Mínguez Macho, 2008: 188; González García, 2006: 7; Chinchilla Marín, 2006: 264).

Según destaca Chinchilla Marín (2006), la Comisión no habla de «contrato» de colaboración público-privada, sino solamente de «colaboración público-privada». Los elementos característicos según el Libro Verde son los siguientes:

- Duración, relativamente larga de la relación entre el socio público y el privado.
- El modo de financiación del proyecto, en parte garantizada por el sector privado, pero que puede completarse con financiación pública que puede llegar a ser muy elevada.
- El protagonismo del colaborador privado, que participa en diferentes etapas del proyecto, como lo son el diseño, realización, ejecución, y

financiación, mientras que el socio público se limita a (1) definir los objetivos a alcanzar, la calidad de los servicios propuestos y la política de precios y (2) a garantizar el cumplimiento de dichos objetivos.

- El reparto de riesgos entre el socio público y privado, al que se le transfieren los riesgos que habitualmente soporta el sector público, pero que no implica que necesariamente asuma todos los riesgos de la operación el privado, ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto preciso de riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos.

A pesar de su generalidad, los elementos antes mencionados recogen en esencia los elementos que la doctrina ha señalado como configuradores del concepto de la colaboración, los cuales son la existencia de una relación a largo plazo entre el poder público y el sector privado en la que este último asume el protagonismo en la materialización de las prestaciones bajo una articulación de corte colaborativo en que ambas partes compartan los riesgos y beneficios asegurando la eficiencia en la consecución de los objetivos públicos (Van Ham y Koppenjam, 2001:598; Greve y Ejersbo, 2002: 3; Fuertes Fernández: 279).

La Comisión de las Comunidades Europeas aclara que si bien es cierto que la cooperación entre los sectores público y privado puede ofrecer ventajas microeconómicas, al permitir realizar un proyecto con la mejor relación calidad/precio y preservar al mismo tiempo los objetivos de interés público, no es posible, sin embargo, presentar dicha cooperación como una solución milagrosa para el sector público, que tiene que hacer frente a restricciones presupuestarias. La experiencia demuestra que es conveniente determinar para cada proyecto si la opción de colaboración ofrece una plusvalía real en relación con las demás

posibilidades, como la adjudicación más clásica de un contrato (apartado 1.1 (5) del Libro Verde).

A. Tipos de colaboración según el Libro Verde

El Libro Verde distingue dos modalidades de colaboración: (1) la que se denomina puramente contractual y que se caracteriza porque la colaboración entre el sector público y el privado se hace a través de un contrato celebrado entre el organismo público y el empresario privado; y (2) la que se denomina CPP de tipo institucionalizado, que se define porque implica la creación de una entidad en la que participan de manera conjunta el socio público y el privado (apartado 20 del Libro Verde).

Fuertes Fernández (2015) apunta que a los efectos de análisis y aplicación de la normativa sobre contratación pública, el Libro Verde propone establecer la distinción entre las operaciones de colaboraciones público-privadas de tipo puramente contractual, en las que las relaciones entre los sectores públicos y privados tienen un carácter exclusivamente convencional teniendo el contrato como fuente de derecho y obligaciones de las partes, y las operaciones de tipo institucionalizado que implican la cooperación entre los sectores públicos y privados mediante la creación de una entidad diferente a los participantes.

B. Colaboración público-privada contractual

La expresión CPP de tipo puramente contractual se refiere a una colaboración basada únicamente en vínculos contractuales entre las diferentes partes. Engloba combinaciones diversas que atribuyen una o varias tareas, de mayor o menor importancia, al socio privado y que incluyen el proyecto, la financiación, la realización, la renovación o la explotación de una obra o de un servicio (apartado 21 del Libro Verde).

Según el Libro Verde uno de los modelos más conocidos, con frecuencia llamado «modelo de concesión», se caracteriza por el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final. El socio privado presta un servicio a la población «en lugar de» el socio público, pero bajo su control. Asimismo, se caracteriza por el modo en que se remunera al contratista, que consiste en cánones abonados por los usuarios del servicio, que se completan, en su caso, con subvenciones concedidas por los poderes públicos (apartado 22 del Libro Verde).

En otros tipos de organización, la tarea del socio privado consiste en realizar y gestionar una infraestructura para la administración pública (por ejemplo, un colegio, un hospital, un centro penitenciario o una infraestructura de transporte). El ejemplo más típico de este modelo es la organización de tipo *PFI*. En este modelo, la remuneración del socio privado no adopta la forma de cánones abonados por los usuarios de la obra o el servicio, sino de pagos periódicos realizados por el socio público. Dichos pagos pueden ser fijos, pero también pueden calcularse de manera variable, en función, por ejemplo, de la disponibilidad de la obra, de los servicios correspondientes o, incluso, de la frecuentación de la obra (apartado 23 del Libro Verde).

A tenor con lo anterior, Chinchilla Marín (2006) señala que dentro de la CPP de tipo contractual la Comisión distingue dos modalidades: la concesión y lo que denomina «otros tipos de organización». Como discutimos anteriormente, el Libro Verde establece que la concesión se caracteriza por el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final: el socio privado presta un servicio a la población «en lugar de» el socio público, pero bajo su control. Asimismo, se caracteriza por el modo en que se remunera al contratista, que consiste en cánones

abonados por los usuarios del servicio, que se completan, en su caso, con subvenciones concedidas por los poderes públicos (apartado 2.22 del Libro Verde).

A este respecto, el apartado 2.36 del Libro Verde dispone que *“el criterio del derecho de explotación y su consecuencia directa, es decir, el traspaso de los riesgos inherentes a la explotación, establecen la diferencia entre los contratos públicos y las concesiones.”* Así pues, en la concesión hay explotación y un traspaso de los riesgos al concesionario.

Según Chinchilla Marín (2006), en las otras operaciones de CPP de naturaleza contractual, esto es, las que no son concesiones, la tarea del socio privado es realizar y gestionar infraestructura *para* la Administración, por ejemplo, un colegio, un hospital, un centro penitenciario o una infraestructura de transporte. En ellas no hay, por tanto, un vínculo directo entre el contratista y el usuario, sino entre el contratista y la Administración quien será la que utilice la infraestructura. Además, la remuneración del contratista no consistirá en cánones abonados por los usuarios, sino en pagos periódicos realizados por el socio público. Estos pagos periódicos pueden ser fijos, pero también pueden ser variables, calculados en función de la disponibilidad de la obra, de los servicios correspondientes o, incluso, de la frecuentación de la obra. Según la Comisión, este es el caso de los peajes en la sombra o virtuales utilizados en autopistas del Reino Unido, España, Portugal y Finlandia.

Por tanto, dentro de la categoría de CPP contractual tenemos dos grupos: los de naturaleza concesional y los de naturaleza no concesional. Habrá CPP de naturaleza concesional cuando el usuario es el que paga al contratista y este último soporta el riesgo que conlleva la explotación. De otra parte, habrá un CPP no concesional cuando el usuario sea la propia administración y el contratista se remunere con los pagos periódicos realizados por la misma, con independencia de

que estos pagos sean fijo o variables, en función de la disponibilidad de la obra, los servicios que se presten o, la frecuentación de dicha obra (Chinchilla Marín 2006: 618).

Así pues, la Comisión recoge, a modo de guía, las principales fórmulas de colaboración público-privadas de tipo contractual que se han venido desarrollando a lo largo de las últimas décadas en Estados Unidos y los principales países anglosajones de la siguiente manera (Fuertes Fernández: 287):

- *Design and Build*: construcción de activos otorgando libertad al sector privado para diseñar y definir el proceso de construcción mediante la contratación de *outputs* o resultados.
- *Lease*: Explotación por el sector privado de un activo preexistente mediante su mantenimiento y la operación de servicios de interés público a largo plazo y financiándose normalmente a través de cánones pagados por los usuarios. El privado corre con los riesgos operativos del proyecto, diferenciándose así del contrato de mantenimiento o gestión y operación (*Operation and Management o Maintenance*). En tal sentido, los beneficios del operador dependerán de su capacidad para reducir los costes operativos al tiempo que mantiene los estándares de servicio establecidos en el contrato.
- *Build Operate and Transfer (BOT)*: El sector privado diseña, construye y explota el activo mediante el mantenimiento y la operación de los servicios, y lo transfiere al Estado al final del periodo contractual. Normalmente, este esquema implica la financiación de la obra a cargo del sector público y la asunción por el privado de los riesgos de diseño, construcción y operación.

- Concesiones: En esta categoría se contempla, en primer término, el modelo de concesión tradicional, caracterizado por el Libro Verde, por el vínculo directo entre el socio privado y el usuario final y en que la remuneración del contratista consiste en cánones abonados por los usuarios del servicio, que se completan en su caso con subvenciones concedidas por los poderes públicos (apartado 22 del Libro Verde).

Como variedad del sistema concesional, se contempla la fórmula *Design Build Finance and Operate (DBFO)* surgido de la *PFI* británica como una modalidad avanzada del esquema básico *BOT*, el cual incluye la financiación de la obra a cargo del concesionario privado y su remuneración se establece, no mediante cánones abonados directamente por los usuarios de la obra o el servicio, sino a través de pagos periódicos realizados por la Administración de manera que pueda aplicarse a aquellas infraestructuras que no son autofinanciadas por los usuarios de la misma. El concesionario asumirá principalmente los riesgos de construcción, financieros y de explotación u operación. Diferenciándolos claramente de los esquemas de contratación tradicional, representados principalmente por los modelos *Build and Transfer (BT)* o construcción de obras a precio cierto y con especificaciones técnicas predeterminadas por el Estado (apartado 23 del Libro Verde).

C. Colaboración público-privada Institucional

Con arreglo al Libro Verde, las operaciones de CPP de tipo institucionalizado (en adelante CPPI) implican la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, el socio público y el privado. Dicha entidad común tiene como misión garantizar la entrega de una obra o la prestación de un servicio de beneficio público. En los Estados miembros, las autoridades públicas recurren a veces a estas estructuras, en particular para la gestión de servicios públicos a

escala local (por ejemplo, en el caso de los servicios de abastecimiento de agua o de recogido de residuos) (apartado 53 del Libro Verde).

La cooperación directa entre los socios público y privado en una entidad con personalidad jurídica permite que el socio público conserve un nivel de control relativamente elevado sobre el desarrollo de las operaciones, que a lo largo del tiempo puede ir adaptando en función de las circunstancias, a través de su presencia en el accionariado y en los órganos de decisión de la entidad común. Asimismo, permite al socio público desarrollar su experiencia propia en materia de explotación del servicio en cuestión, al tiempo que recurre a la ayuda de un socio privado (apartado 54 del Libro Verde).

La puesta en marcha de una CPP institucionalizada puede llevarse a cabo bien a través de la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, los sectores público y privado o bien a través de la toma del control de una empresa pública existente por parte del sector privado (apartado 55 del Libro Verde).

Según apunta Fuertes Fernández (2015: 291), en la práctica, la creación de una CPPI se traduce habitualmente en:

- la creación de una nueva empresa cuyo capital pertenece conjuntamente a la entidad adjudicadora y al socio privado, en algunos casos, a varias entidades adjudicadoras y/o a varios socios privados, y la adjudicación de un contrato público o de una concesión a esa entidad de capital mixto, de nueva creación, o
- la participación de un socio privado en una empresa pública existente que ejecuta contratos públicos o concesiones obtenidos anteriormente en el marco de una relación interna.

El hecho de que una entidad privada y una entidad adjudicadora cooperen en el marco de una entidad de capital mixto no puede justificar que la autoridad contratante no cumpla con las disposiciones sobre la adjudicación de contratos públicos o concesiones a esa entidad privada o a la entidad de capital mixto. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas observó¹⁰ que la participación, aun minoritaria, de una empresa privada en el capital de una empresa en la que también participa la entidad adjudicadora en cuestión excluye, en cualquier caso, la posibilidad de una relación interna (*in house*), a la que, en principio no le aplica la legislación sobre contratos públicos, entre dicha entidad adjudicadora y dicha empresa (Fuertes Fernández: 291).

Por último, según apunta Fuertes Fernández (2015: 293), respecto de la fase posterior a la creación de la CPPI, ésta debe conservar su campo de actividad inicial y no puede obtener, en principio, nuevos contratos públicos o concesiones sin un procedimiento de licitación que respete el Derecho comunitario en materia de contratos públicos y concesiones.

D. Selección del socio privado

Fuertes Fernández (2015: 289) señala que la distinción entre la CPP de tipo contractual y la de tipo institucionalizado no tienen en cuenta las clasificaciones jurídicas del Derecho nacional. En igual sentido, la calificación dada a nivel nacional o local no incide en la calificación jurídica de estos contratos a nivel comunitario. Sin embargo, dicha clasificación es relevante para la determinar de la normativa aplicable a la fase de elección del socio privado, de manera que si en el contexto de una operación de tipo puramente contractual la calificación del acto de adjudicación es de contrato público, el poder adjudicador actuará en el ámbito de las Directivas clásicas y, normalmente, deberán recurrir al procedimiento abierto o

¹⁰ Asunto C-410/04, ANAV, Rec. 2006, p. I-3303, apartado 30 y ss).

restringido para seleccionar a su socio privado. En el caso de que se clasifique la relación como una concesión de obras o servicios se aplicarán determinadas obligaciones en materia de publicidad, como la convocatoria previa obligatoria de los operadores interesados o la obligación relativa al plazo mínimo de recepción de las candidaturas.

El Libro Verde establece la posibilidad de acudir a un procedimiento excepcional que aplica sólo en los supuestos de “*obras cuya naturaleza o riesgos no permitan determinar previamente el precio global*”. Dicha excepción sólo contempla las situaciones en las que haya incertidumbre, *a priori*, en cuanto a la naturaleza o la duración de las obras que han de efectuarse, pero no incluye las situaciones en las que la incertidumbre resulte de otras causas, como la dificultad de fijar el precio de antemano debido a la complejidad de la estructura jurídica y financiera que se ha organizado¹¹.

Así pues, a partir de la adopción de la Directiva 2004/18/CE, es posible aplicar un nuevo procedimiento, llamado diálogo competitivo, en la adjudicación de contratos particularmente complejos. Los contratos particularmente complejos son aquellos en los que el organismo adjudicador no sea objetivamente capaz de definir los medios técnicos que pueden responder a sus necesidades y objetivos, y en los casos en los que el organismo adjudicador no sea objetivamente capaz de establecer la organización jurídica o financiera, o ambas, de un proyecto. Este nuevo procedimiento permitirá que los organismos

¹¹ En este sentido, la Comisión quiere recordar que la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 7 de la Directiva 93/37/CEE, en el que se contempla el recurso al procedimiento negociado cuando el contrato se refiera «a obras cuya naturaleza o riesgos no permitan determinar previamente el precio global», tiene un ámbito de aplicación limitado. Dicha excepción sólo contempla las situaciones excepcionales en las que haya incertidumbre, *a priori*, en cuanto a la naturaleza o la duración de las obras que han de efectuarse, pero no incluye las situaciones en las que la incertidumbre resulte de otras causas, como la dificultad de fijar el precio de antemano debido a la complejidad de la estructura jurídica y financiera que se ha organizado (apartado 2.24 del Libro Verde).

adjudicadores entablen un diálogo con los candidatos con el objetivo de encontrar soluciones capaces de responder a dichas necesidades. Al término de este diálogo, se invitará a los candidatos a presentar sus ofertas definitivas con arreglo a la solución o las soluciones identificadas en el transcurso del diálogo. Dichas ofertas deberán incluir todos los elementos exigidos y necesarios para la realización del proyecto. Los organismos adjudicadores evaluarán las ofertas en función de unos criterios de adjudicación preestablecidos. Puede que el licitador que haya presentado la oferta más ventajosa económicamente tenga que aclarar aspectos de su oferta o confirmar los compromisos en ella incluidos, siempre y cuando ello no lleve a modificar elementos sustanciales de la oferta ni de la convocatoria de licitación, ni implique discriminaciones (apartado 2.25 del Libro Verde).

El procedimiento de diálogo competitivo debería garantizar la flexibilidad necesaria para debatir con los candidatos todos los aspectos del contrato durante la etapa de puesta en marcha, velando siempre por que dicho diálogo se desarrolle respetando los principios de transparencia e igualdad de trato, sin poner en peligro los derechos que el Tratado confiere a los operadores económicos. Dicho procedimiento se basa en la idea de que los métodos estructurados de selección han de preservarse en cualquier ocasión, ya que contribuyen a garantizar la objetividad y la integridad del procedimiento que conduce a la selección de un operador, lo que garantiza la buena utilización de los fondos públicos, disminuye los riesgos de prácticas poco transparentes y refuerza la seguridad jurídica necesaria para la puesta en marcha de tales proyectos (apartado 2.25 del Libro Verde).

La esencia de este procedimiento de adjudicación, cuya incorporación al Derecho interno es opcional para los Estado miembros, consiste en que entre el organismo público y los candidatos a ser adjudicatarios del contrato se establece un

diálogo con vistas a encontrar soluciones que satisfagan las necesidades que el poder adjudicador pretende cubrir con el contrato. Tras una primera fase de diálogo, se invita a los candidatos a sus ofertas definitivas, conforme a las soluciones que se hayan determinado en dicha fase. Según apunta Chinchilla Marín (2006: 619), se puede interpretar que la Comisión considera que el dialogo competitivo es un mecanismo que se adapta especialmente al contrato CPP, el cual por su propia naturaleza es especialmente complejo.

E. La etapa posterior a la selección del socio privado y el marco contractual

El Libro Verde establece que las disposiciones contractuales que rigen la etapa de puesta en marcha de una operación de CPP corresponden, en primer lugar, al Derecho nacional. No obstante, la elaboración de las cláusulas contractuales debe realizarse respetando igualmente las normas comunitarias pertinentes y, en particular, los principios de igualdad de trato y transparencia. Así pues, las cláusulas contractuales no pueden tener un efecto discriminatorio, directo ni indirecto, ni obstaculizar de manera injustificada la libre prestación de servicios o la libertad de establecimiento (apartado 2.3 44 del Libro Verde).

El éxito de una operación CPP depende en gran medida de lo completa que sea la normativa contractual del proyecto y de la óptima determinación de los elementos que van a regir su puesta en marcha. En este sentido, resulta crucial la evaluación pertinente y el reparto adecuado de los riesgos entre los sectores público y privado, en función de la capacidad respectiva de cada uno de ellos para asumir dichos riesgos. También es importante prever mecanismos que permitan evaluar periódicamente la actuación del titular de la CPP (apartado 2.3 45 del Libro Verde).

La duración de la relación de colaboración se fijará de manera que no restrinja o limite la libre competencia más allá de lo necesario para garantizar la

amortización de las inversiones y una remuneración razonable del capital invertido. Una duración excesiva puede ser censurada con arreglo a los principios que rigen en el mercado interior o a las disposiciones del Tratado en materia de competencia (apartado 2.3 46 del Libro Verde).

La Comisión se manifiesta preocupada en relación con las modificaciones no contempladas en los documentos contractuales. Específicamente, enfatiza en que las modificaciones que tienen lugar durante la ejecución de una CPP, cuando no se contemplan en los documentos contractuales, suelen dar como resultado que se ponga en duda el principio de igualdad de trato de los operadores económicos. Dichas modificaciones no contempladas sólo son aceptables cuando un acontecimiento imprevisible las hace necesarias o cuando están justificadas por razones de orden público, seguridad o salud pública. Además, toda modificación sustancial, relativa al objeto mismo del contrato, deberá asimilarse a la firma de un nuevo contrato, lo que implica una nueva convocatoria de concurso (apartado 2.3 49 del Libro Verde).

F. Subcontratación

El Libro Verde finalmente entra a discutir la figura de la subcontratación en las colaboraciones público-privadas. En particular, el Libro Verde aclara que cuando la empresa del proyecto es también organismo adjudicador, ésta tiene la obligación de adjudicar sus contratos públicos o de concesión en el marco de una convocatoria de concurso, independientemente de si éstos se firman con sus propios accionistas o no. Únicamente podrá ser de otro modo cuando las prestaciones que la empresa del proyecto confíe a sus accionistas ya hayan sido objeto de una convocatoria organizada por el socio público con anterioridad a la constitución de la empresa del proyecto.

Por el contrario, cuando la empresa del proyecto no es un organismo adjudicador, en principio, es libre para firmar contratos con terceros, independientemente de que sean sus accionistas o no. Con carácter de excepción, cuando la empresa del proyecto es un «concesionario de obras», se aplican algunas normas de publicidad a la adjudicación de contratos de obras que superen el umbral de los 5 millones de euros, excepto cuando se trate de contratos firmados con las empresas que se han agrupado para obtener la concesión o sus empresas vinculadas (apartado 2.3 51 del Libro Verde).

En fin, los socios privados son, por principio, libres de subcontratar una parte o la totalidad de un contrato público o una concesión. No obstante, conviene indicar que, en el marco de la adjudicación de los contratos públicos, se puede pedir a los licitadores que comuniquen en sus ofertas la parte del contrato que tienen previsto subcontratar a terceros. En el caso de las concesiones de obras cuyo valor supere los 5 millones de euros, el organismo adjudicador puede, además, obligar al concesionario a confiar a terceros contratos que representen un porcentaje mínimo del 30 % del valor global de las obras objeto de la concesión (apartado 2.3 52 del Libro Verde).

3. LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y SUS IMPLICACIONES EN EL CPP

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado), actualmente denominado Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) desde el 1 de diciembre de 2009¹², en su versión modificada por el Tratado de la Unión Europea (TUE) firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, estableció que para el adecuado funcionamiento de la Unión Económica y Monetaria (UEM), los Estados

¹² Fecha en que entro en vigor el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

que hayan adoptado la moneda única deberán conducir sus políticas hacia una convergencia estable y permanente de los resultados económicos en aras de un espacio común de crecimiento y estabilidad de precios. Específicamente, el artículo 104.1 del TUE se establece que “*los Estados miembros evitarán déficits excesivos*”. La adopción del euro como moneda vino acompañada de articulado en el Tratado sobre la obligación de dichos Estados de establecer como objetivo a medio plazo la consolidación fiscal de sus cuentas públicas mediante políticas de estabilidad en términos presupuestarios que garanticen el fortalecimiento de las condiciones de crecimiento sostenible de la economía, la estabilidad de los precios y la creación de empleo en todos los países de la zona euro. (Fuertes Fernández: 294).

Así pues, la estabilidad presupuestaria ha ido unida a la configuración de la Unión Económica y Monetaria. Su propósito es convertir el euro en una moneda sólida y competitiva. En esencia, la estabilidad presupuestaria se articula a través del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, adoptado por Resolución del Consejo Europeo en Ámsterdam de 17 de junio de 1997 y materializado en dos instrumentos jurídicos, el Reglamento 1466/97, del Consejo, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y la supervisión y coordinación de las políticas económicas. Por otro lado, tenemos el Reglamento 1467/97, del Consejo, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento que se había de aplicar en los supuestos de déficit excesivo. De conformidad con el Protocolo número 20 del Tratado, relativo al procedimiento aplicable en el caso de déficit excesivo por los Estado, la existencia de un déficit excesivo deriva de la concurrencia de dos elementos vinculados al Producto Interno Bruto (PIB). Específicamente, el déficit público no debe superar un valor del 3% del PIB y, adicionalmente, la proporción entre deuda pública y PIB no puede rebasar el valor del 60%. Este es el tope de endeudamiento que puede tener un país para que no se

considere que su situación económica es de inestabilidad presupuestaria (González García, 2007: 31-32).

El Consejo europeo de Santa María de Feira, celebrado en junio de 2000, hizo un llamamiento para realizar *“esfuerzos perseverantes de los Estados miembros para acelerar el saneamiento fiscal en curso, para lograr lo más rápido posible y mantener a medio plazo posiciones presupuestarias próximas al equilibrio o con superávit”*. En igual sentido, el Consejo Europeo desarrollado en Bruselas en marzo de 2005, señaló que:

“de forma general, las inversiones en infraestructura favorecerán el crecimiento e implicarán una mayor convergencia en los planos económico, social y medioambiental. En el marco de la iniciativa de crecimiento y los programas de puesta en práctica inmediata, el Consejo Europeo destaca la importancia de la realización de los proyectos prioritarios en materia de redes de transporte y de energía e invita a la Unión y a los Estados miembros a que prosigan sus esfuerzos de inversión y fomenten asociaciones entre los sectores público y privado”.

Con el fin de fiscalizar la estabilidad presupuestaria antes mencionada, se configuró un Sistema de Cuentas Nacionales y Regionales que se ha de aplicar a todas las entidades públicas que desarrollan su actividad en Europa. Fue aprobado por el Reglamento (CE) 223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad (en adelante SEC-95). El SEC-95 constituye una norma de contabilidad pública que establece los criterios utilizados para determinar si una operación se consolida en el balance de dicha Administración pública (González García, 2007: 33). La Oficina de Estadísticas de

la Unión Europea, mejor conocida como Eurostat, a través de la aplicación del SEC-95, ha interpretado y desarrollado el alcance de dichas normas de contabilidad.

Los principios de estabilidad presupuestaria están recogidos de forma expresa en el ordenamiento jurídico español. En España, al amparo del artículo 149.1 de la Constitución Española establece la competencia exclusiva del Estado para establecer la planificación general de la actividad económica, y con la finalidad de dar cumplimiento al Pacto de Estabilidad y Crecimiento, se adoptó la normativa básica de estabilidad presupuestaria. Siguiendo a Bellod Redondo (2011), podemos dividir el proceso normativo español sobre estabilidad presupuestaria en tres (3) fases:

- i. En una primera fase, dicha normativa vino representada por la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria (LGEP), que formula los principios y procedimientos para el objetivo de estabilidad en el sector público, y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, Complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria (LOCEP), que establece el sistema de cooperación financiera ente el Estado y las Comunidades Autónomas al servicio de la estabilidad, configurando ambas el marco de estabilidad presupuestaria en el ordenamiento jurídico español. Esta normativa básica resulta aplicable a todas las Administraciones Públicas y entidades del sector público. Este primer ciclo de reforma normativa culmina con la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que introduce en la regulación del ciclo presupuestario las previsiones relativas a la estabilidad.

- ii. Un segundo momento de la reforma normativa presupuestaria en materia de estabilidad tuvo lugar en el año 2006, de 26 de mayo, de Reforma de la LGEP, cuya finalidad fue la de modificar sustancialmente la concepción del principio de estabilidad vigente en la normativa de 2001, flexibilizando su aplicación. Posteriormente se aprobó el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, derogando la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria y la Ley 15/2006, de 26 de mayo, de Reforma de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria.
- iii. La tercera fase en el proceso lo es la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

El artículo 3.2 de la LGEP dispone que *“en relación con los sujetos a los que se refiere el artículo 2.1 de esta Ley, se entenderá por estabilidad presupuestaria la situación de equilibrio o superávit, computada en términos de capacidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, y en las condiciones establecidas para cada una de las Administraciones públicas”*.

En cuanto a las Comunidades Autónomas, los artículos 2 al 4 de la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, Complementaria de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, no sólo recuerda estos principios comunes para las Comunidades autónomas sino que también se establece el principio de asunción por parte de éstas de su responsabilidad en caso de incumplimiento del objetivo de estabilidad que dé lugar a una sanción al Estado español en aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Asimismo, se contemplan otro conjunto de medidas para los supuestos en que los presupuestos no estén en una situación de estabilidad

o la posibilidad de revisar por parte del Estado el cumplimiento de los objetivos de estabilidad por parte de las Comunidades Autónomas o a la hora de autorizar las operaciones de crédito y además, previsiones similares para las Corporaciones Locales (González García, 2007: 37).

Como señala Montesinos Julve (2002:54), al definirse en estos términos la estabilidad presupuestaria, el cumplimiento de este objetivo supone la necesidad de controlar las magnitudes de déficit y deuda a partir de la información propia de cada entidad pública. Esto es tanto como elaborar información macroeconómica de acuerdo con los criterios del SEC, o lo que es lo mismo, vincular los sistemas micro y macroeconómicos de las cuentas públicas por cuanto el seguimiento de este objetivo será realizado en términos de contabilidad nacional (Díaz Corral, 2001:43).

Según señala Fuertes Fernández (2015: 302), el concepto de «Administraciones Públicas» en contabilidad nacional no tiene que coincidir necesariamente con la definición de Administración Pública según los ordenamientos jurídicos de los diferentes países, ya que la delimitación conceptual que establece el SEC-95 está basada en criterios económicos y no jurídicos. Por ello, es el comportamiento económico de un ente lo que le caracteriza como integrante del sector «Administraciones Públicas» y no su forma jurídica.

El *Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo* y el Reglamento (CE) 3605/93 definen el déficit como la «necesidad de financiación» del sector Administraciones Públicas. Según lo explica Martínez Calvo (2005), si debe registrarse el activo en el balance de la Administración Pública, será necesario también registrar el pasivo que lo financia, lo cual incrementara el endeudamiento de la entidad pública salvo que de la operación se generen ingresos que lo compensen. Si por el contrario, debe registrarse la inversión en el balance del ente o

sociedad de mercado (pública o privada) que lo construye, no habrá impacto en el déficit ni endeudamiento en la Administración promotora.

Eurostat ha señalado que dado que, en el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en casos de déficit excesivo, el déficit se ha definido como la necesidad de financiación del sector administraciones públicas, se produce una asimetría entre el tratamiento estadístico de los activos no financieros y el de los activos financieros. Las variaciones de los activos no financieros se registran en la cuenta de capital. Por lo tanto, modifican la capacidad o necesidad de financiación, que es el saldo de la cuenta de capital. Por el contrario, la variaciones de los activos financieros, registradas en la cuenta financiera, no modifican dicho saldo (Eurostat Manual del SEC-95: 2002).

El procedimiento de déficit excesivo está compuesto por una serie de mecanismos, unos preventivos y otros represivos de los comportamientos de los Estados que han superado los límites en los que sitúa la estabilidad presupuestaria. La fase preventiva del procedimiento de déficit excesivo está constituido por el control que ejerce la Comisión sobre la situación presupuestaria de los Estados miembros, que están obligados a presentar programas de estabilidad presupuestaria, con el objetivo de obtener superávit o ejercicios en equilibrio. Estos programas son puestos en comparación con la ejecución presupuestaria en cada Estado miembro. Si del examen resulta que hay riesgo de déficit se alerta al Estado para que adopte las medidas adecuadas y preventivas para que no se materialice (González García, 2007: 38-39).

Si incurriera en déficit, el Consejo, a través del procedimiento del art. 104 dirige recomendaciones al Estado infractor para que corrija su déficit excesivo. Si no se adoptaran las medidas ni se cumplieran las exigencias puestas por las autoridades comunitarias, el Consejo está obligado, de acuerdo a lo previsto en el

art. 7 del Reglamento 1467/97, a imponer sanciones a los incumplidores. Las sanciones a imponerse son las siguientes: exigir al Estado miembro de que se trate que publique una información adicional, que el Consejo deberá especificar; recomendar al BEI que reconsidere su política de préstamos respecto al Estado miembro en cuestión; exigir que el Estado miembro de que se trate efectúe ante la Comunidad un depósito sin devengo de intereses por un importe apropiado, hasta que el Consejo considere que se ha corregido el déficit excesivo; e imponer multas de una magnitud apropiada, que no podrán superar el 0,5% del PIB (González García, 2007: 38-39).

Así, el escenario de estabilidad presupuestaria y saneamiento de las cuentas públicas ha motivado la búsqueda por los distintos Estados de fórmulas más o menos ingeniosas que les permita ejecutar ciertas infraestructuras muy costosas eludiendo los límites impuestos al déficit público (Mínguez Macho, 2008: 164). En fin, según apunta González García (2007), la estabilidad presupuestaria determina la actividad administrativa en el sentido de que condiciona las cláusulas que se incluyen en los contratos e incluso, abre la puerta a nuevas modalidades contractuales.

3. LA FINANCIACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS Y LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

El SEC-95 clasifica las operaciones de construcción de infraestructuras, desde un punto de vista contable, como un supuesto de *formación bruta de capital fijo* (párrafos 3.102 y 3.105 del SEC-95). Desde esta perspectiva, la cuestión consiste en determinar en qué balance debe registrarse el activo nuevo (la infraestructura) y por tanto, la formación bruta de capital fijo. Para ello, el SEC-95 prevé dos posibilidades: registro en el balance de las Administraciones Públicas o el registro en el balance de los productores del mercado. En este segundo supuesto

se suele afirmar que se produce una *desconsolidación*, es decir, el activo no se registra en el balance de las Administraciones Públicas y por ello, no se produce un incremento en el déficit público por dicha operación. Partiendo de este principio, si la nueva infraestructura debe registrarse en el balance de la Administración Pública promotora, será ella quien lleva a cabo la formación bruta de capital fijo y se incrementará con ello su nivel de endeudamiento por el importe total de la inversión y al inicio del proyecto (Martínez Calvo: 375).

El *Manual del SEC-95 sobre el déficit público y la deuda pública* (en adelante Manual del Sec-95) contempla los supuestos en los cuales la infraestructura es construida por un ente o sociedad pública directamente. En este caso, el endeudamiento vinculado a la nueva infraestructura puede ser consolidado a la Administración Pública o no. Dependerá de que el ente público sea considerado de mercado. El segundo supuesto es que la infraestructura sea construida por la iniciativa privada a solicitud de la Administración. También en este caso, el endeudamiento vinculado a la infraestructura puede ser imputado a la Administración interviniente o no. Dependerá del nivel de riesgo que asuman la Administración y el ente privado (Martínez Calvo: 376-377).

a) Construcción de la infraestructura por la iniciativa privada

Cuando la construcción de la infraestructura se realiza por la iniciativa privada, por encargo de una Administración Pública, esto no supone necesariamente que el endeudamiento nunca corresponda en estos supuestos a las Administraciones Públicas. Ello dependerá del origen de los ingresos y de la efectiva asunción de riesgos por el privado. De acuerdo con el Manual SEC-95, existe un primer tipo de modelo (modelo 1) para la construcción de las infraestructuras en el cual la misma se financia íntegramente con cargo a los usuarios (cobro por su uso, explotación de servicios complementarios, de

establecimientos comerciales sobre dominio público en el área de influencia de la obra, etc.). Este tipo de modelo se entiende que dado que sus ingresos son puramente de mercado, no tiene impacto ni en el déficit ni en el endeudamiento de la Administración (Martínez Calvo: 380-81).

Un segundo tipo de modelo en el que la infraestructura se construye por la iniciativa privada es aquel en el que el empresario privado construye y explota y, a cambio, recibe pagos de la Administración (modelo 2). Ejemplo de este segundo tipo de modelo sería la *Private Finance Initiative* del Reino Unido en que habitualmente el sector público presta los servicios esenciales y el sector privado los de apoyo complementario. Otro ejemplo sería los peajes en la sombra en los cuales la Administración paga un canon periódico cuyo importe se hace depender de la utilización de los establecimientos por los ciudadanos. Para este tipo de escenario, la cuestión básica es determinar si el privado asume o no la mayoría de los riesgos (Martínez Calvo: 381-82).

El Manual SEC-95 establece los siguientes criterios para determinar la imputación del riesgo: responsabilidad del mantenimiento y seguro del activo; reembolso de la financiación en el caso de rescisión anticipada del contrato; diseño del activo; riesgo en cuanto al nivel de la demanda; pago por terceros; vinculación de los pagos a la calidad del servicio; incremento de los pagos de la Administración ante el incremento de los costes y; riesgo del valor residual.

Se trata de unos requisitos abiertos y que deben valorarse en su conjunto para poder determinar si efectivamente existe una suficiente traslación de riesgos. En la práctica, ello supone que debe analizarse el detalle del régimen jurídico de los contratos o pliegos en los que se establezca el régimen jurídico regulador de las relaciones público-privadas (Martínez Calvo: 382).

b) Construcción de la infraestructura por asociaciones público-privadas

La forma tradicional de llevar a cabo inversiones para la construcción de obras de infraestructuras es a través de un contrato público de obras en el que la Administración satisface un precio cierto y se financia con su propio endeudamiento. Este tipo de transacción se registra en el balance de la Administración como *formación bruta de capital fijo*. Las alternativas a la construcción de infraestructuras con financiación pública, como son la mayoría de esquemas de colaboración público-privada, además de incorporar el capital privado como fuente de financiación de la inversión deberán garantizar que la contabilización de la misma no se considere formación de capital fijo en el balance de la Administración concedente incrementando de esta forma su necesidad de financiación. Desde este punto de vista, podremos decir que estamos ante una verdadera alternativa para financiar una inversión pública cuando su financiación no afecte a la posición de estabilidad presupuestaria (Fuertes Fernández: 304).

Ante la necesidad de armonizar el tratamiento contable de las colaboraciones público privadas, como nuevas fórmulas alternativas de financiamiento, con el objetivo de estabilidad definido en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, la Comisión establece unas directrices comunes a los estados miembros en términos de contabilidad nacional sobre las distintas fórmulas de colaboración. Dichas directrices están recogidas en la decisión de Eurostat de 11 de febrero de 2004, sobre el tratamiento de las Asociaciones Público-Privadas respecto del déficit y la deuda. Según señala Fuertes Fernández (2015), la propia decisión de Eurostat excluye implícitamente a las concesiones tradicionales al señalar que no incurren normalmente en estas incertidumbres contables dada su larga experiencia de aplicación.

En el caso de las concesiones tradicionales o inversiones autofinanciadas en las que el concesionario financia la inversión y se retribuye mediante su explotación consistente en el cobro de rentas o cánones vinculados al uso de la infraestructura y pagado directamente por los usuarios de la misma, por ejemplo autopistas de peaje, los activos generados por el proyecto son propiedad del privado durante toda la vida del contrato y se contabilizan en su balance, tanto en el activo por el importe de la inversión como en el pasivo por la cuantía del endeudamiento. Al no registrarse el bien en el balance de la Administración como formación bruta de capital, la inversión no tendrá impacto en su déficit al no incrementar la necesidad de financiación (Fuentes Fernández: nota al pie de página 235).

El apartado Libro 5 (3) del Libro Verde señala que: *“Eurostat recomienda que los activos vinculados a una operación de colaboración público-privada se consideren activos no públicos y, por consiguiente, no se registren en el balance de las administraciones públicas cuando se cumplan las dos condiciones siguientes: el socio privado soporte el riesgo de construcción y el socio privado soporte al menos uno de los dos riesgos siguientes: el de disponibilidad o el vinculada a la demanda”*.

Según apunta Fuentes Fernández (2015: 307), caben dos escenarios posibles de contabilización de una operación CPP de tipo contractual:

- i) Si durante el periodo de explotación la sociedad concesionaria afronta todos los riesgos derivados de la propiedad y recibe la mayoría de los beneficios, la operación tiene entonces las características de un arrendamiento operativo, registrándose el importe de la inversión en el balance de la empresa. En este caso, los efectos sobre las cuentas de la Administración Pública concedente en términos de contabilidad nacional únicamente se refieren al aumento en la necesidad de

financiación (déficit) por el importe de los pagos regulares que ésta realice al concesionario y sin que se produzca incidencia alguna en el nivel de la deuda. Cuando, de acuerdo con el principio de reversión, la infraestructura se entrega a la Administración al final del periodo de la explotación, el importe de la inversión se registra en el balance de la Administración como formación bruta de capital fijo, compensada por una transferencia de capital sin repercusiones sobre la necesidad/capacidad de financiación.

- ii) Si durante el periodo de explotación la Administración Pública afronta la mayoría de los riesgos derivados de la propiedad y recibe la mayoría de los beneficios, la operación se considerara con las características de un arrendamiento financiero registrándose en su balance el valor de la inversión como formación bruta de capital fijo, compensada por un préstamo imputado de igual valor. En este caso, la repercusión sobre las cuantas de la Administración se refiere a un aumento de la necesidad de financiación (déficit) por el valor de la formación bruta de capital fijo, mientras que la deuda de la Administración aumenta en el importe del préstamo imputado. Durante el periodo de explotación, los pagos anuales se dividirán entre reembolso al principal y pago de intereses relativos al préstamo imputado, repercutiendo sobre el déficit de la Administración el importe correspondiente al pago de intereses.

En términos de contabilidad nacional un activo derivado de un contrato de colaboración sólo se podrá imputar como no consolidable en el balance de la Administración pública cuando existan evidencias claras de que es el socio privado el que soporta la mayor parte de los riesgos derivados del contrato de colaboración y que tengan relación directa con el activo. Sólo en tal caso la inversión por el

activo quedará fuera del balance de la Administración y se registrará en el del socio privado, sin influencia, por tanto en el déficit ni en la deuda (Fuertes Fernández: 308).

c) Construcción de la infraestructura mediante un ente o sociedad pública

Por lo que respecta a las colaboraciones público-privadas de tipo institucional el tratamiento contable difiere atendiendo a la clasificación de la entidad como una Unidad Institucional Pública de Mercado (Unidad Institucional) o no de mercado de acuerdo a los criterios establecidos en el SEC-95. En el primer caso sus proyectos y los activos generados no se imputan al balance de las Administraciones públicas ni tampoco el endeudamiento tomado en el mercado para financiar su actividad. En cuanto a las unidades públicas no de mercado sus activos se imputan en el balance de las administraciones, estando sometidas a los límites de endeudamiento del sector público para financiar su actividad (Fuertes Fernández: 308).

De acuerdo con el Manual del SEC-95, capítulo I.1, para determinar si la deuda de una sociedad o ente público debe computarse como deuda de la Administración Pública de la que depende es necesario determinar si se trata de una Unidad Institucional o no. El Manual del SEC-95 señala que un productor o unidad se considera una Unidad Institucional cuando goza de autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal o bien dispone de documentos contables que recogen la totalidad de sus operaciones económicas y financieras efectuadas durante el periodo contable, así como un balance de activos y pasivos, o bien podría elaborarlo si así se le requiriera (cap. I.1.3.1 del Manual).

Según el Manual del SEC-95, la autonomía de la decisión implica que la unidad debe: i) ser titular de bienes o activos con facultad de disposición sobre

ellos; ii) tener capacidad para tomar decisiones económicas y realizar actividades económicas de las que es directamente responsable ante la ley, y iii) tener capacidad de contraer pasivos en nombre propio, aceptar otras obligaciones o compromisos futuros y suscribir contratos.

El SEC-95 estableció como requisito adicional para determinar si estamos ante una Unidad Institucional la regla del 50%. El Manual del Sec-95 requiere que las ventas cubran el 50% de sus costes de producción. Específicamente, la regla del 50% se concreta cuando la Unidad Institucional se financia mediante ingresos del mercado. En otros casos la clasificación dependerá del trato dado a los pagos que recibe de las Administraciones Públicas según los servicios efectivamente prestados. Si se consideran que más del 50% de los costes de producción se cubren con los pagos recibidos de las Administración Públicas que tienen la característica de ser ventas, la unidad será de mercado (Martínez Calvo: 377-79).

Según explica Martínez Calvo (2005), la cuestión se centra, por tanto, en determinar qué pagos deben considerarse ventas y cuáles no. De acuerdo con el Manual SEC-95, los pagos de las Administraciones Públicas a las Unidades Institucionales Públicas respecto de los servicios efectivos prestados deben considerarse ventas al aplicarse la norma del 50% si los precios son económicamente significativos. Un precio económicamente significativo sería aquel que influye de forma relevante en las cantidades que los productores están dispuestos a suministrar y los compradores a adquirir. Es decir, precios que influyen en la oferta y en la demanda. Así ocurrirá, por ejemplo, si los precios pagados por las Administraciones Públicas a los productores públicos por los servicios efectivamente prestados se aplican también a servicios similares (de la misma calidad) prestados por productores privados, que aceptan vender servicios a las Administraciones Públicas con arreglo a tales precios.

4. EL CASO MINTRA

Madrid Infraestructuras de Transporte (MINTRA) es un ente de Derecho público de la Comunidad de Madrid, creado por la Ley 22/1999, de 21 de diciembre (en adelante “Ley 22” o “Ley MINTRA”). De acuerdo con la Ley de la Comunidad de Madrid 1/1984, de 19 de enero, reguladora de su Administración Institucional, dentro de la categoría genérica de empresas públicas se prevé la posibilidad de crear en la Comunidad Autónoma entes públicos que someten su actividad al Derecho privado y sociedades mercantiles públicas. MINTRA pertenece a la primera de estas categorías (Martínez Calvo: 369).

El artículo 2 de la Ley 22 establece que “*MINTRA se crea con la finalidad de ejecutar las infraestructuras de transporte colectivo en la Comunidad de Madrid, en el marco de los planes y política general del transporte de la región madrileña. Deberá asimismo gestionar y mantener dichas infraestructuras siguiendo criterios de eficiencia y productividad*”. El artículo 3 del mencionado estatuto dispone además que las funciones del ente público consisten en la ejecución de infraestructuras ferroviarias y otras infraestructuras de transporte colectivo, diseñando las infraestructuras, adquiriendo o, en general, negociando respecto de terrenos u otros bienes necesarios para el cumplimiento de su finalidad, contratando las obras de construcción, supervisando los proyectos redactados, contratando los servicios de mantenimiento y, cediendo la utilización de las infraestructuras construidas a favor de empresas o entidades a las que corresponda en cada momento la explotación de los servicios.

En la práctica, desde su puesta en funcionamiento en el año 2000, MINTRA ha sido responsable de la ampliación de la red de metro de Madrid y, sobre todo, en términos cuantitativos, de la construcción del Metrosur, línea de metro subterránea de trazado circular que une las localidades de Alcorcón, Móstoles, Fuenlabrada,

Getafe y Leganés, conectando a su vez dicha subred con la red de metro de Madrid capital. Para llevar a cabo lo anterior, MINTRA se ha endeudado en el mercado de capitales solicitando créditos, tanto a la banca institucional como a la comercial, por una cuantía que alcanza únicamente en relación con la operación de Metrosur, la cifra de 1.433,94 millones de euros (Martínez Calvo: 370).

Desde la puesta en funcionamiento de Metrosur, MINTRA ha ido cobrando de Metro de Madrid, S.A., operadora de la infraestructura, un canon por la utilización del conjunto de las instalaciones. Este canon surge de los acuerdos alcanzados en el contrato firmado entre MINTRA y Metro de Madrid, S.A. para la explotación de la infraestructura de Metrosur. De esta forma, Metro de Madrid es la sociedad que gestiona el transporte ferroviario que se presta en el Metrosur y paga a MINTRA por el uso de las instalaciones fijas, lo que permite a MINTRA la devolución de las cantidades tomadas a préstamo para financiar la construcción de la mencionada infraestructura. En abril de 2003, Eurostat resolvió, respondiendo a la consulta del Instituto Nacional de Estadística español, que a la vista del esquema de funcionamiento antes discutido, MINTRA era una «Unidad Institucional Pública de Mercado» y, por ello, atendiendo a las previsiones del SEC-95, el endeudamiento de MINTRA no debía computarse como endeudamiento del Estado español. Por tanto, no debía contabilizar a los efectos de determinar si el déficit público del Estado español superaba los límites impuestos por el Tratado de la Unión (Martínez Calvo: 371).

En el 2003, Eurostat recibió la consulta del Instituto Nacional de Estadística español (INE) acerca de la manera de contabilizar correctamente el futuro endeudamiento que se proyectaba que asumiera el ente de nueva creación, MINTRA. Eurostat, en una carta dirigida al director del INE de abril de dicho año, resolvió que, en su opinión, la deuda de MINTRA no debía ser contabilizada como

deuda del Estado español, ya que dicha entidad, tal y como se describía en la información manejada, sería una Unidad Institucional Pública de Mercado. Esta resolución se basaba en la documentación que la Comunidad de Madrid, a través del INE, ofreció a Eurostat. Se trataba, por tanto, de un modelo teórico que debería ser posteriormente puesto en marcha. Efectivamente así fue, y Metrosur comenzó a funcionar a lo largo del año 2003 (Martínez Calvo: 387).

Según Martínez Calvo (2005), en febrero de 2005, Eurostat decidió reconsiderar la primera de sus decisiones y estimar que, a la vista de los datos reales del funcionamiento de MINTRA, dicho ente público no podía ser considerado como Unidad Institucional Pública de Mercado sino que se trataba de una entidad perteneciente al sector Administraciones. De acuerdo con esta nueva decisión, la deuda de MINTRA debía computarse en el sector de Administraciones Públicas, lo cual suponía para la Comunidad de Madrid aumentar su nivel de endeudamiento de forma considerable y dificultando el poder mantener su nivel de déficit público por debajo de los requerimientos exigidos en la Ley de Estabilidad Presupuestaria.

En la nueva resolución dictada por Eurostat, se señalan los siguientes motivos por los que se entendió que MINTRA no clasificaba como Unidad Institucional (Martínez Calvo: 387-388):

- La mayor parte de los ingresos que recibe MINTRA se obtienen en el contexto del acuerdo de arrendamiento con Metro de Madrid, S.A (Metro).
- Los ingresos de MINTRA se fijan por adelantado y no corresponden a parámetros objetivos relacionados con el uso de la infraestructura por Metro.

- El incremento de costes de explotación de Metro no se ha reflejado en un incremento de las ventas por billetes, sino en un aumento de las subvenciones que paga el Consorcio Regional.
- La capacidad contractual (debe entenderse de negociación de sus contratos) de MINTRA es muy limitada en una situación fáctica en la que Metro de Madrid, S.A. es prácticamente su único cliente.

Uno de los aspectos de mayor relevancia en el estudio del caso MINTRA lo sería, a mi entender, el hallazgo de Eurostat a los efectos de que *“el incremento de costes de explotación de Metro no se ha reflejado en un incremento de las ventas por billetes, sino en un aumento de las subvenciones que paga el Consorcio Regional”*. Tomando como cierta dicha conclusión, a los solos efectos de argumentación, entiendo que la conducta imputada vulnera la esencia de lo que son los acuerdos colaborativos entre el sector público y el privado. Así pues, cuando el Estado entra al rescate del consorcio a través de subvenciones no permite que el concesionario utilice todos sus recursos para lograr una operación eficiente. Esto, como hemos visto es una práctica relativamente común que atenta contra el principio de la adecuada repartición de riesgos en los acuerdos colaborativo.

En este sentido, González García (2006: 20), señala que MINTRA fue un fracaso producido por un mal reparto de riesgos entre las partes del contrato, ya que las entidades dependientes de la Comunidad prácticamente no asumían riesgos en el contrato.

CAPÍTULO SEXTO

CPP EN EL MARCO DE LAS INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE

1. CARRETERAS, AUTOPISTAS Y PUENTES

Dentro de la infraestructura de transporte, la transportación por medio de carreteras siempre ha sido y continuará siendo el método más utilizado a nivel mundial, tanto para pasajeros como para carga. En América Latina la transportación por carretera constituye el ochenta por ciento (80%) del movimiento de los pasajeros domésticos y más del sesenta por ciento (60%) del movimiento de carga. En África, los números son aún mayores. Dicho sector no tan sólo es grande pero se podría decir que continúa en crecimiento (Estache y De Rus: 235).

La mayoría de los países desarrollados han construido autopistas con accesos controlados desde el fin de la segunda guerra mundial. Estos países se pueden clasificar en dos grupos: los que imponen impuestos o tributos sobre la gasolina o sobre los ingresos para financiar las autopistas y los que utilizan sistemas de peajes para allegar recursos. La mayoría de los países que utilizan un sistema de peaje exigen la presencia de rutas alternas para los usuarios (Gómez Ibáñez y Meyer: 97-98).

Cuando hablamos de la construcción de carreteras tenemos que tener presente que dicha inversión tiene un proceso lento de amortización y que muchos de los proyectos no generarán la demanda suficiente para que puedan ser financiados en su totalidad por algún tipo de tarifa o peaje. Sin embargo, la crisis fiscal y la demanda por otros servicios esenciales como lo son la salud y la educación han movido a los países a considerar la privatización de la red de

carreteras. Así pues, casi todos los países han experimentado de alguna forma u otra con la privatización de carreteras y autopistas. En los países en desarrollo, el tráfico en las autopistas es relativamente liviano ya que la mayoría de la población utiliza el autobús lo cual dificulta los acuerdos colaborativos en las carreteras, autopistas y puentes (Estache y De Rus: 236).

Cuando hablamos de privatización de carreteras y autopistas, los argumentos levantados son similares a la mayoría de los acuerdos colaborativos. Se alega que el sector privado puede construir y operar las carreteras y autopistas de manera más eficiente que el sector público y que el sector privado será más innovador en el diseño y servicios a ofrecer. Sin embargo, los acuerdos colaborativos entre el sector público y el privado en las carreteras y autopistas tienen particularidades que merecen ser discutidas. Entre las particularidades atribuibles a la naturaleza de las autopistas podemos destacar: (1) la posibilidad de que la privatización aumentará la inversión de capital en dichas facilidades; (2) el debate de imponer un peaje *vis a vis* impuestos o tributos; (3) el problema de regular concesiones de larga duración cuya naturaleza es regularmente monopolística; (4) el surgimiento de oposición de grupos ambientalistas (Gómez Ibáñez y Meyer: 100).

Cuando estamos ante concesiones de carreteras, la posibilidad de atraer capital privado es usualmente igual de importante que el potencial de incrementar la eficiencia en el servicio. Las autopistas son costosas y la mayoría de los países están presionados de mantener y mejorar sus carreteras ante el rápido crecimiento en la demanda. Se argumenta que si el sector privado invierte en las carreteras el gobierno puede dirigir sus recursos limitados para atender otras necesidades y servicios que no resultan atractivos para la empresa privada. No obstante lo anterior, en la medida en que el gobierno sea eficiente y tenga acceso al mercado

podría generar ingresos proveniente del cobro de peaje (Gómez Ibáñez y Meyer: 100-101).

Otro problema relacionado con los acuerdos colaborativos entre el sector público y privado en las carreteras es la necesidad de regulación ante la posibilidad de que la empresa privada explote cualquier poder monopolístico que tenga como lo sería subir los precios muy por encima de los costes o limitar su capacidad de proveer el servicio. La mayoría de los países con autopistas de peaje no permiten que las fuerzas del mercado o la libre competencia determinen el resultado de la empresa. Por el contrario, han optado por regular la cantidad del peaje a ser cobrado o la ganancia a ser devengada de la operación. La regulación económica ciertamente es una tarea complicada pero lo determinante es lograr un balance entre proteger al público de abusos del sector privado mientras se le asegura a la empresa privada que genere una ganancia razonable por su inversión. Dado que la inversión del sector privado es a largo plazo es importante que se le asegure al inversionista que el régimen regulatorio aplicable se mantendrá estable durante la vigencia del contrato. Se puede decir que España y Francia tienen la mayor experiencia en la construcción de autopistas privadas operadas a través de peajes (Gómez Ibáñez y Meyer: 103-104).

A. Autopistas y Carreteras en Francia

Francia ha desarrollado su sistema de autopistas financiado a través de peajes operados por el sector público y privado. En la década de los noventa Francia operaba 6,000 kilómetros de carreteras entre las ciudades y 1,500 kilómetros en áreas urbanas. De los 6,000 kilómetros de carreteras entre las ciudades, todas excepto 500 kilómetros están operadas a través de peajes. Las carreteras que no están sujetas a peaje son debido a que el gobierno busca estimular el crecimiento económico en el área o debido a que no existen rutas alternas libre

de coste. Los peajes eran operados como concesionarios por diez (10) empresas. Durante los años setenta existían cuatro (4) compañías privadas de las cuales tres (3) eventualmente quebraron y fueron absorbidas por el sector público. En la década de los noventa varias empresas del sector privado comenzaron a negociar con los gobiernos nacionales y locales nuevos contratos de concesión para carreteras. El remanente de las diez (10) empresas eran sociedades mixtas. El desarrollo de las autopistas financiadas a través del mecanismo de peaje surgió en respuesta a una combinación de factores. De un lado el rápido crecimiento del tráfico y de otro lado la contracción económica como resultado de la segunda guerra mundial (Gómez Ibáñez y Meyer: 107-108).

En respuesta a lo anterior, el gobierno francés aprobó una ley en 1955 para permitir el financiamiento de carreteras a través de peajes en circunstancias especiales. El gobierno mantendría control sobre los peajes ya que los contratos de concesión sólo se le otorgarían a entidades públicas, organizaciones del gobierno local y a sociedades mixtas dominadas por el sector público. De igual manera se estableció que los fondos recobrados a través de los peajes sólo podrían ser utilizados para el repago de los costes de construcción, para el mantenimiento y su eventual expansión. En 1960 el estatuto aprobado en 1955 fue enmendado para eliminar la referencia a que los peajes sólo se utilizarían en casos excepcionales. Así pues, la excepción se convirtió en la norma (Gómez-Ibáñez y Meyer: 109-110).

El gobierno nacional francés reconoció que debía de ofrecerle asistencia a las sociedades mixtas que estaban participando en los contratos de concesión en las carreteras del país. Así pues, en 1958 se le permitió al Estado garantizar los préstamos de las sociedades mixtas y además conceder adelantos de dinero en efectivo para costes de construcción, entre otros gastos preliminares. En 1969 el nuevo Presidente entrante estableció como una de sus prioridades el desarrollo de

las carreteras y autopistas del país. Dentro de los cambios realizados, podemos destacar que se le permitió a las empresas privadas competir por nuevos contratos de concesión. También se le concedió mayor autonomía y responsabilidades a las sociedades mixtas. El norte de la nueva administración era obtener nuevas fuentes de financiamiento y reducir los costes operacionales y de construcción. El gobierno francés establecía las rutas de las carreteras y los consorcios proponían el diseño, financiamiento, y el plan operacional. A pesar de que la política pública era de reducción de los subsidios gubernamentales con el fin de crear mayor responsabilidad empresarial la realidad fue que a principio de los años setenta se concedieron múltiples subsidios gubernamentales al sector privado y a las sociedades mixtas (Gómez-Ibáñez y Meyer: 111-114).

Con el fin de controlar el efecto inflacionario de la crisis energética de la época, el gobierno francés limitó el incremento en tarifa a pesar de que el contrato de concesión con el sector privado proveía para que la empresa privada estableciera la tarifa en la etapa preliminar del proyecto. A raíz de lo anterior, el sector privado demandó al gobierno por incumplimiento contractual, demanda que eventualmente le fallaron en contra. En 1975 el gobierno francés decretó que el Ministro de Finanzas regularía los peajes públicos y privados. Durante dicha regulación en los años setenta, los peajes aumentaron la mitad del por ciento inflacionario lo cual provocó que muchos de los concesionarios privados enfrentaran serias dificultades económicas (Gómez-Ibáñez y Meyer John: 116-117).

En 1981, con el cambio de administración y la entrada en el poder del partido socialista, comenzó una nueva ola de reformas. A pesar de que el nuevo Ministro de Economía interesaba abolir el sistema de peajes existente, la realidad es que dicha determinación no era económicamente viable ya que no existían los fondos suficientes para sustituir el ingreso proveniente de los peajes. Finalmente,

decidieron absorber tres (3) de los cuatro (4) concesionarios privados existentes. Otra medida implementada fue la de uniformar las tarifas entre los peaje y establecer un sistema de subsidio cruzado o *cross subsidies* entre las sociedades mixtas. Así pues, sólo un concesionario se mantuvo operado por el sector privado. Observadores opinan que el éxito de la empresa privada que subsistió se puede atribuir a costes de construcción más razonables y a un mayor potencial de tráfico. De igual manera, influyó el hecho de tener una gerencia efectiva y contar con una reputación de no caer en conflictos de intereses con los accionistas de las compañías constructoras (Gómez-Ibáñez y Meyer John: 117-122).

B. Autopistas y Carreteras en España

En España, los primeros proyectos de APP durante la década de los noventa se circunscribieron al sector del transporte, particularmente las autopistas. Para finales de dicha década, la figura de las APP cobró relevancia e importancia. En el 2005, el gobierno regional asumió el monopolio de las APP en el mercado español a través del cual se negociaron contratos sobre manejo de desperdicios sólidos, construcción de estructuras públicas y en el ámbito de la salud. En términos de volumen y diversificación, España en el año 2006 fue el país que más utilizó la figura de las APP en la Unión Europea. Además, fue el país líder en términos de volumen de proyectos para los años 2003-2004 y 2004-2005.¹³

España construyó su sistema de autopistas en dos (2) etapas, utilizando dos (2) enfoques distintos. En la década de los años sesenta desarrolló un sistema de carreteras con peaje entre las ciudades llamado “*autopistas*”. Dicho sistema fue desarrollado utilizando el mecanismo del contrato de concesión con el sector privado. En la década de los ochenta España en vez de expandir las autopistas optó por construir carreteras y financiarlas a través de impuestos. Dichas carreteras de

¹³ Rudnick Gray C., European PPP Report, 2005.

llamaron “*autovías*”. Las autopistas se concentran en los centros económicos del país y con un mayor volumen de tráfico. Gómez-Ibáñez y Meyer (122-123) opinan que España a raíz de tener un sistema mixto fue más exitosa que Francia en cuanto a mantener los peajes operados por el sector privado. Para el 1993, las autopistas eran operadas por trece (13) compañías, doce de las cuales eran empresas privadas. Eventualmente, nueve (9) de las doce compañías privadas permanecieron en el sector privado, mientras que tres (3) de las compañías fueron absorbidas por el gobierno en los años ochenta.

Las autopistas construidas dentro y cerca de las ciudades fueron financiadas por el gobierno nacional sin peajes. En cambio, las autopistas entre ciudades fueron construidas por concesionarios privados y financiadas por los peajes. La decisión de financiar las autopistas entre ciudades a través del mecanismo de concesión no fue controversial en su origen. Entre 1967 y 1972, se otorgaron contratos de concesión a cinco (5) empresas privadas. Esta experiencia inicial fue positiva al punto de que en el 1972, España aprobó la Ley de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión¹⁴ donde se formalizó el proceso de otorgar concesiones para financiar las autopistas. Dicho estatuto estableció el requisito de que la empresa privada, en la medida de lo posible, emitiera deuda extranjera para financiar la operación. Específicamente, se dispuso que al menos el 45% de los costes de construcción se financiaran con préstamos extranjeros, al menos 10% del capital o *equity* del proyecto y no más del 45% de préstamos domésticos. En sus comienzos, los concesionarios privados tuvieron dificultades para obtener financiamiento en los mercados extranjeros (Gómez-Ibáñez y Meyer John: 125-128).

¹⁴ Ley 8/1972, de 10 de mayo, Boletín Oficial del Estado, no. 113 (Mayo 11, 1972)

En respuesta a lo anterior, el gobierno español optó por garantizar algunos de los préstamos obtenidos en los mercados extranjeros y ofrecer protección contra las fluctuaciones en las monedas. Inicialmente, la tarifa del peaje variaba entre los diferentes contratos de concesión pero los incrementos futuros estarían gobernados por una formula específica. Entre 1973 y 1975, se otorgaron siete (7) nuevos contratos de concesión. No queda claro si las concesiones otorgadas en los años sesenta y setenta fueron a través de métodos competitivos. En teoría, los concesionarios sometían sus propuestas y el gobierno seleccionaba el concesionario a base de varios criterios pre-establecidos, incluyendo la cantidad a invertir, la tarifa de peaje propuesta, y la duración de la concesión, hasta un máximo de cincuenta años, y las garantías o subsidios solicitados. Usualmente sólo una compañía estaba interesada y el proceso se convertía en uno de negociación entre el concesionario privado y el gobierno. Con la muerte del General Francisco Franco en 1975 y la crisis energética de la época, los planes de otorgar contratos adicionales de concesión para autopistas fueron postergados. De igual manera, la crisis energética pronto causó que la mayoría de los concesionarios privados confrontaran crisis financieras lo cual dificultaría nuevos contratos de concesión en las autopistas (Gómez-Ibáñez y Meyer John: 125-128).

En 1982, con la elección del gobierno socialista, hubo un cambio en la política pública sobre el desarrollo de las carreteras del país. La nueva política pública optaba por construir carreteras sin la utilización de peajes. Este cambio de autopistas a autovías tiene su base política y técnica. Primeramente, el establecimiento de las autopistas estaba directamente relacionado con el régimen de derecha dirigido por Franco. El Ministro de Obras Públicas también argumentó que las rutas paralelas a las autopistas estaban congestionadas mientras las autopistas estaban siendo utilizadas por debajo de su capacidad. Esta situación se atribuyó no solo a que la carretera tenía un peaje sino también al hecho de que las carreteras no

fueron diseñadas para los motoristas viajando distancias cortas. La reforma del sistema de autopistas se basó grandemente en la percepción de que el sistema implementado de concesiones tenía serias deficiencias. Varios de los concesionarios estaban al borde de la quiebra lo cual activaría la garantía concedida por el Estado. Aún sin la quiebra, la garantía concedida para responder ante fluctuaciones de la moneda le estaba costando al Estado alrededor de 40 pesetas al año, en parte porque el valor de la peseta se había reducido dramáticamente a raíz de la recesión económica de los años ochenta.

En 1984 el Ministro de Obras Públicas, Julián Campo, le argumentó a la legislatura española que las concesiones otorgadas para construir las autopistas habían transferido un riesgo desproporcionado al Estado. El Ministro argumentó que había sido un error permitirle a los concesionarios privados un por ciento tan bajo de inversión de capital. El hecho de que los concesionarios estuvieran subcapitalizados o con una capitalización insuficiente implicaba que no tenían fondos suficientes para responder ante cualquier eventualidad o desestabilización económica. De igual forma, Campo alegó como un problema adicional el hecho de que el Estado ofreciera garantizar hasta el 75% de los préstamos otorgados para construir las autopistas. El hecho de que se garantizara el riesgo sobre las fluctuaciones en la moneda fue fatal ya que incentivó que el sector privado procurara préstamos en el mercado extranjero a unos intereses nominales sin tomar en cuenta el riesgo sobre las fluctuaciones en la moneda. Otro problema identificado por Campo fue que se le permitió a las compañías de construcción o a los bancos que tenían grandes intereses en dichas compañías ser accionistas principales de los concesionarios privados. Tampoco se prohibió que se concedieran contratos de construcción a los mismos accionistas. Este conflicto de interés provocó que al momento de las negociaciones las proyecciones de costes de construcción y de tráfico fueran sobreestimadas. Finalmente, Campo reconoció que

la crisis energética jugó un papel importante en la desestabilización de los concesionarios ya que estimuló la inflación y provocó una contracción en el volumen del tráfico. Campo cuestionó que no se hayan hecho estudios independientes sobre las proyecciones del tráfico y sobre las proyecciones financieras presentadas por las empresas al momento de otorgar el contrato (Gómez-Ibáñez y Meyer: 130).

En 1984, el gobierno absorbió los tres (3) concesionarios privados que se encontraban en mayores dificultades financieras. Durante este proceso el Estado cubrió los gastos operaciones vencidos y ofreció préstamos a unos intereses nominales para ayudar a completar los proyectos. Otros concesionarios fueron fusionados con compañías económicamente estables, en cambio recibieron un aumento en los peajes y una extensión de la carretera a rutas más transitadas. En resumen, la crisis de los ochenta se puede resumir en que los concesionarios privados al no poner en riesgo su capital, ya que se le requería una inversión de capital mínima, los accionistas asumían un riesgo mínimo y por tanto, carecían de incentivos para ser prudentes en la operación del negocio.

No obstante lo anterior, mientras se construía el nuevo sistema de autovías surgió nuevamente el interés de expandir las autopistas a través de concesionarios privados. Dicha iniciativa fue revivida al final de los años ochenta por el gobierno regional de Cataluña que estaba preocupado por el incremento en el tráfico, el desarrollo urbano en el área de Barcelona, al igual que las Olimpiadas señaladas para 1992. El financiamiento a través de peajes resultaba atractivo ya que el gobierno se encontraba con un problema de liquidez debido a los preparativos para las olimpiadas. Entre 1987 y 1990, se otorgaron un total de cuatro (4) contratos de concesión, tres (3) por el gobierno regional de Cataluña y uno (1) por el gobierno Nacional para la construcción de una carretera en Barcelona. Uno de los proyectos

consistía en un túnel que atravesaría una montaña que separaba Barcelona de unas comunidades emergentes en el oeste de la región. Dado el alto coste del túnel antes mencionado, el mismo se le otorgó a una corporación cuyos accionistas eran el gobierno regional de Cataluña y el gobierno local de Barcelona. La autopista para conectar el túnel con el área oeste de la región se consideró económicamente viable y por tanto se le otorgó a una compañía privada. Las dos concesiones remanentes fueron otorgadas a empresas privadas.

Algunos proyectos de peaje en España financiados bajo la figura de las APP lo son la AG57 de Autoestradas de Galicia, la cual consiste de 25 kilómetros (15 millas) y cuyo término es del 50 años y expira en el 2045; la Atlantic-Audas, autopista de Galicia de norte a sur, la cual consiste de 219.6 kilómetros (135 millas) y cuya duración del contrato es de 75 años, expirando el 2048; y el túnel Artxanda de 3 kilómetros (1.85 millas) conectando Bilbao a la autopista AP68 y cuya duración del contrato es de 50 años, expirando el 2048 (Levy: 70-71).

C. Autopistas y carreteras en Estados Unidos

En Estados Unidos el interés en el financiamiento de carreteras a través de peajes creció rápidamente en los años ochenta. En ese momento histórico E.E.U.U. tenía un menor grado de experiencia en este tipo de negocio que Europa y los países en desarrollo. Para el 1993 varios Estados habían aprobado preliminarmente propuestas de financiamiento privado de carreteras, una en el Estado de Virginia y cuatro (4) en el Estado de California. Sin embargo, a principio de los años noventa prácticamente todo el sistema de carreteras en E.E.U.U. era público y financiado mayormente a través de impuestos sobre el petróleo y otros impuestos análogos (Gómez-Ibáñez y Meyer: 164).

No obstante lo anterior, si existe algún precedente histórico del uso de peajes operados por el sector privado. Entre 1790 y 1850 los peajes en las carreteras operados por el sector privado era el mecanismo comúnmente utilizado para el transporte entre los Estados. Específicamente, en dicha época estaban operando al menos 10,000 millas y hasta un máximo de 20,000 millas de carreteras con peajes privados. Las carreteras construidas con fondos públicos no competían con las carreteras privadas por el contrario complementaban dichas vías. Temprano en el Siglo IXX hubo una merma en el desarrollo de carreteras privadas a raíz del surgimiento de los ferrocarriles (Gómez-Ibáñez y Meyer: 164-165).

A finales del Siglo IXX revivió el interés en la construcción de carreteras dada la exigencia de parte de los agricultores para la construcción de carreteras que conectaran las fincas con los mercados. Sin embargo, dado que dichas rutas no generarían el tráfico necesario para convertirlas en económicamente viables la opción de utilizar un sistema de peajes para la construcción de dichas carreteras estaba fuera de las alternativas de financiamiento a considerar. Así pues, la construcción de carreteras se llevó a cabo a través de métodos tradicionales de financiamiento. Eventualmente surgieron múltiples reclamos para el desarrollo de un sistema nacional de carreteras y autopistas. Como resultado de lo anterior, en 1916 y 1921 se codificó la Ley Federal de Autopistas o *Federal Highway Act*. Dicho estatuto se fundamentaba en que un sistema nacional de autopistas debía ser coordinado por el gobierno Federal para que fuera coherente y comprensivo. Ya para los años veinte existía una Agencia Federal de Carreteras la cual ofrecía asistencia para la construcción de carreteras mayormente rurales. La Ley Federal de Autopistas prohibía el uso de peajes en carreteras que se construían con subsidio federal con la excepción de puentes de alto coste y túneles. Se alega que la razón de ser de esta prohibición fue la creencia que la utilización de los peajes en el siglo IXX retrasó el desarrollo de la carreteras y autopistas.

La construcción de carreteras y la determinación de cómo financiarlas recaía en los Estados y los gobiernos locales. Los proyectos subsidiados con fondos federales eran una porción reducida de la totalidad de carreteras construidas en esa época. Durante los años veinte un número sustancial de Estados financiaban sus carreteras por medio de impuestos. Durante los años treinta los Estados siguieron las recomendaciones del Gobierno Federal y utilizaron los peajes solamente en proyectos de alto coste mayormente túneles y puentes (Gómez-Ibáñez y Meyer: 165-166).

El tema de los peajes surgió nuevamente en los años treinta con el desarrollo de autopistas de alta capacidad y acceso limitado. A principios de la década de los cuarenta existían modelos exitosos de autopistas con peaje y autopistas sin peaje o financiadas por medio de contribuciones. La autopistas de peaje exitosas estaban ubicadas en la costa este del país y las autopistas sin peajes estaban en la costa oeste del país. Este patrón de construcción de carreteras continuó después de la segunda guerra mundial. Para mediados de los años cincuenta se habían construido más de 2,000 millas de carreteras con peaje, mayormente en el noreste del país. Para la misma fecha California había construido aproximadamente 200 millas de carreteras libre de coste. La diferencia en estrategias de financiamiento se atribuye en esencia a los diferentes patrones de tráfico. Los Estados al noreste del país son relativamente pequeños que se interconectan por medio de estas carreteras y por tanto, tenían una densidad de tráfico mayor. California, en cambio, por su ubicación geográfica y al ser un Estado más grande no cuenta con pasajeros que transiten para conectar con otros Estados.

El desarrollo de un sistema nacional integrado de carreteras requería de una conciliación de las diferentes estrategias de financiamiento imperantes en la época. Dicha solución fue recogida en la ley llamada *Federal-Aid Highway Act* aprobada

en 1956. Dicho estatuto proveía para el financiamiento de la construcción de una carretera interestatal de 41,000 millas. El noventa por ciento de los costes de construcción provenía de ayuda o subsidio federal que a su vez tenía su origen en un impuesto sobre el gas de cuatro centavos al galón y un impuesto sobre los vehículos y sobre las piezas de los autos. Los peajes fueron específicamente prohibidos excepto en los ya existentes al momento de aprobar la legislación. Varios factores influyeron en que se optara por el financiamiento de la red de carreteras interestatales a través de impuestos y no mediante peajes. Primeramente, existía una oposición a los peajes de parte de la Asociación Americana de Automóviles y por los vehículos de carga quienes argumentaban que era injusto el pago de los peajes cuando a su vez tenían que pagar los impuestos sobre el gas y los automóviles. De igual manera, la Agencia Federal de Carreteras llevó a cabo un estimado conservador de los recaudos a obtenerse de los peajes y concluyó que dichos recaudos no serían suficientes para financiar la red de carreteras nacional.

A principios de la década de los años cincuenta la operación exitosa de los peajes en Pensilvania, Maine, Nueva York y Connecticut parecía demostrar que los estimados de la Agencia Federal de Carreteras fueron demasiado conservadores y la capacidad de captación fue subestimada. De todas formas, el volumen del tráfico interestatal no parecía ser suficiente para financiar la carretera a través del mecanismo de peaje. Así pues, el sistema nacional de carreteras interestatales desalentó el uso del peaje como método de financiamiento de carreteras.

Mientras que 3,000 millas de carreteras de peaje estaban operando en 1960, entre dicha fecha y 1980 solamente se construyeron 1,500 millas adicionales con peaje. A finales de la década de los sesenta, se removieron 593 millas de carreteras con peaje, mayormente a través de acuerdos con el gobierno federal para hacer dichas carreteras elegibles para subsidios federales con el fin de llevar a cabo obras

de reconstrucción y ampliación. Para los años noventa sólo 4,118 millas de carreteras con peaje estaban en operación. En cambio, la construcción de carreteras sin peaje aumentó entre los años sesenta y setenta. Para el 1989 E.E.U.U. había construido 54,145 millas autopistas con accesos controlados y la mayoría operaba sin peajes (Gómez Ibáñez y Meyer: 168).

En los años ochenta hubo un cambio de visión ya que los subsidios federales se habían limitado sólo a expansiones mínimas. Los costes de mantener el sistema de carreteras existente excedían los fondos disponibles provenientes de impuestos. De igual manera, en las áreas de mayor crecimiento poblacional y por consiguiente de mayor incremento en el tráfico los fondos públicos disponibles no eran suficientes. A raíz de lo anterior, los gobiernos estatales y locales comenzaron la búsqueda de fuentes alternas de financiamiento. En 1984 el Estado de Virginia inauguró la primera carretera de autopista en una década. En 1986 Florida a su vez construyó veintidós millas de carreteras financiadas a través de peajes y comenzó a realizar ampliaciones a los peajes ya existentes (Gómez-Ibáñez y Meyer: 168).

Gómez-Ibáñez y Meyer señalan que en 1998 Texas abrió dos (2) carreteras con peaje al igual que otros Estados que también comenzaron a considerar el peaje como una alternativa para ampliar y mejorar su sistema de carreteras. Este resurgimiento en el interés de los peajes generó cierta presión sobre el Gobierno Federal para que reconsiderara la prohibición de ofrecer subsidios a carreteras operadas con peaje. En respuesta a esta presión el Gobierno Federal reconoció que el financiamiento a través de peajes aceleraba grandemente el proceso de construcción y que las carreteras con peajes usualmente estaban en mejores condiciones que las financiadas por métodos tradicionales. Sin embargo, el gobierno señaló que el cobro a través de peajes era más costoso que el cobro de impuestos.

En 1987 a raíz de las continuas presiones de los Estado, el Gobierno Federal finalmente autorizó un programa piloto en el cual se autorizaba hasta 35% de subsidio federal para la construcción de carreteras con peaje en nueve (9) Estados. En 1991, el programa piloto se extendió al resto de los cincuenta Estados. El resultado fue permitir el uso de peajes en carreteras subsidiadas con fondos federales aunque la prohibición continuaba en las carreteras interestatales (Gómez-Ibáñez y Meyer: 168-171).

Un análisis histórico del movimiento de carreteras con peaje en E.E.U.U. de los años cuarenta y cincuenta, al cual que su resurgimiento en los años ochenta, revela que los norteamericanos estaban dispuestos a aceptar la imposición de peajes cuando percibían que el presupuesto gubernamental estaba limitado y que existía la necesidad de nuevas carreteras o mejoras a las mismas. En los Estado de Virginia y California los programas de privatización de autopistas se implementaron luego de que se llevaran a cabo estudios sobre el retraso existente en proyectos de construcción de carreteras. Dichos estudios recomendaron el aumento de impuestos, los cuales fueron puestos en vigor. Sin embargo, dicho aumento no era suficiente para atender la necesidad existente. Es decir, se realizó un esfuerzo razonable para explorar todas las alternativas existentes para lograr el fin público deseado (Gómez-Ibáñez y Meyer: 176).

a) Autopista Skyway en Chicago

El 27 de octubre de 2004, la ciudad de Chicago aceptó una propuesta de un concesionario para operar, mantener y cobrar el peaje de la autopista preexistente llamada Skyway. El acuerdo tenía un total de 140 páginas y un manual de mantenimiento con un total de 180 páginas. De la primera página del acuerdo se desprende claramente que el titular de la autopista continuaba siendo la ciudad de Chicago (Levy: 153).

El periodo de arrendamiento pactado fue de 99 años por la cantidad de \$1.83 millones pagados por el concesionario a la ciudad de Chicago. A través del acuerdo contractual no se garantizó la permanencia de los empleados actuales de la ciudad. El concesionario estaba obligado a permanecer operando las 24 horas del día, todos los días, excepto aquellos días específicamente identificados en el acuerdo contractual. El concesionario estaría obligado a pagar los impuestos tributarios aplicables a la operación del negocio, incluyendo impuestos sobre la propiedad y sobre las ventas. El concesionario también cubriría todos los gastos de utilidades del negocio durante la vigencia del arrendamiento. Cabe señalar, que al presente el proyecto se encuentra operando sin mayores complicaciones. Sin embargo, todavía le quedan muchos años a la vida del proyecto.

b) La Ruta 92 en California

Este proyecto consta de cuatro (4) carriles, dos en cada dirección, en el centro de la Autopista 91, una facilidad ya existente, para 10 millas de autopista. El coste estimado del proyecto fue de 88.4 millones pero finalmente resultó en 126 millones, después de ajustes de inflación, diseños, entre otros costes (Avilés Burgos: 36-40).

Estas vías serían propiedad del Estado una vez se construyan, pero por contrato se le permitiría a la compañía desarrolladora por un periodo máximo de 35 años cobrar peajes para pagar gastos operacionales, satisfacer la deuda y generar un rendimiento razonable sobre su inversión. En adición al rendimiento por inversión, se le ofrecía un rendimiento de incentivo si el desarrollador cumple con ciertos objetivos de política de transporte que de otro modo no estaría dentro de los intereses económicos del desarrollador. Estos objetivos incluyen una mayor cantidad de pasajeros por vehículos y una disminución de accidentes en las vías.

Esto sirve para garantizar la responsabilidad del sector público de velar por el bien y la seguridad pública (Avilés Burgos: 36-40).

Del coste total del proyecto que son 126 millones, \$100 millones se obtuvieron de una deuda pública, sujeta a impuestos, asegurada mayormente por el nivel de tráfico y las proyecciones de ingresos del proyecto. Además, 19 millones se obtuvieron por aportación de capital de tres (3) socios privados del proyecto y 7 millones de un préstamo que ofreció el Condado de Orange (Avilés Burgos: 36-40).

En fin, este proyecto fue financiado completamente por el sector privado en terrenos públicos y el riesgo de la inversión de capital, al igual que las deudas sujetas a impuestos son riesgo de los tres prestamistas. Esto motiva a reinventar formas innovadoras de cobro del peaje con el fin de promover el paso por esa nueva vía que a su vez minimiza los costes y maximiza las ganancias (Avilés Burgos: 36-40).

Entre los acuerdos alcanzados de mayor relevancia podemos destacar que el Estado de California se comprometió a no mejorar ninguna facilidad estatal en la zona objeto del contrato. California asumiría la responsabilidad normal por agravio o daño por accidentes asociados con una autopista perteneciente al Estado. Los demás riesgos fueron asumidos por el desarrollador (Avilés Burgos: 36-40).

Como incentivo, se le garantizó al desarrollador la franquicia exclusiva del área que sirven. Además, se le otorgó el derecho a los desarrolladores para alquilar terrenos del estado dentro del derecho de paso o el espacio aéreo para el desarrollo de estaciones de servicio, áreas de descanso y otros proyectos. Los arrendamientos se podían garantizar hasta un máximo de 99 años. Esto significa un incentivo adicional y un método de complementar las ganancias en caso de que en algún

momento los ingresos del peaje no sean suficientes para alcanzar una ganancia razonable en la inversión realizada (Avilés Burgos: 36-40).

El desarrollador tiene libertad para establecer tarifas de peaje, y está sujeto sólo a la limitación de la tasa máxima de rendimiento establecida de acuerdo a la inversión. El diseño, requerimientos ambientales y permisos serán responsabilidad del desarrollador con la ayuda y asistencia técnica del Estado. Una vez el desarrollador haya obtenido la tasa de rendimiento de inversión máxima, cualquier remanente en cualquier año fiscal se considerará ingresos de peajes en exceso y se debe depositar a la cuenta de autopistas del estado (Avilés Burgos: 36-40).

Algunas de las responsabilidades del desarrollador son que previo a la fecha de aceptación del proyecto, tiene que haber formalizado un contrato de Servicios Policiacos con la Policía de Autopistas de California. Esto, para garantizar la seguridad y hacer cumplir las leyes de tránsito en estas facilidades. Debido a su relación con un proyecto de estado, los costes de este servicio son compartidos entre el privatizador y el Estado. El acuerdo exige que sean servicios de seguridad reconocidos y aprobados por el Estado de California, debidamente uniformados y equipados. Luego del servicio o pago a la deuda de financiamiento del proyecto, el privatizador tiene absoluta discreción para determinar si continúa operando la facilidad (Avilés Burgos: 36-40).

D. El caso del Eurotúnel

Según Ruiz Ojeda (1993: 480), la larga historia del proyecto del *Eurotunnel* (Eurotúnel, Proyecto, Enlace, Enlace Fijo o Canal de la Mancha) ha sido resumida por la historia de una pasión franco-británica, con avances y retrocesos. Fue necesario esperar al término de la segunda guerra mundial y al inicio del proceso de unidad europea para que tuviera lugar la acometida final. El primer paso decisivo

resultó ser, curiosamente, un paso en falso. En 1971 la *British Channel Tunnel Company Ltd.* y la *Société Francaise du Tunnel sous La Manche*, S.A., firmaron el acuerdo de llevar a cabo las obras, caso de que los gobiernos francés y británico así lo decidiesen, mediante un sistema de financiación privada a capital-riesgo y créditos garantizados con cargo a fondos públicos.

A renglón seguido la consultora Coopers & Leybrand Associates emitió un informe en el que se manifestaba la viabilidad económica del Proyecto en base a un riguroso análisis coste-beneficio en el que se recogían las más variadas aportaciones y sugerencias. En noviembre de 1973 el Primer Ministro británico, Edward Heath, y el Presidente francés, Georges Pompidou, firmaron un Tratado para la construcción del Enlace Fijo. El cambio político verificado en el Reino Unido a raíz de las elecciones generales de 1974 provocó el bloqueo político a la ratificación del Tratado, que fue definitivamente desechado, por acuerdo de los dos Gobiernos, el 1 de enero de 1975. Así pues, tras haberse perforado algo más de 300 metros a cada lado del Canal, las obras fueron abandonadas (Ruiz Ojeda, 1993: 480).

Fue en 1978 cuando *British Rail* y la *Société Nationale des Chemins de Fer* (BR/SNCF) retomaron el interés por el Proyecto y decidieron remitir una propuesta de borrador a ambos Gobiernos, en el que se proponía un esquema de túnel ferroviario único con vía de doble sentido. A partir de aquí el Ministerio británico de Transportes convocó en 1980 un concurso internacional de ideas, al que concurrieron un total de nueve propuestas, incluida la de BR/SNCF. Un grupo de estudio franco-británico fue encargado de examinar las propuestas y de juzgar sobre la más idónea.

Tras dos años de deliberaciones, el Grupo decidió que el esquema de enlace ferroviario consistente en dos túneles paralelos, con un tercero de interconexión y

servicios, era la elección óptima y se aconsejaba una fórmula de financiación y gestión privada con cierto apoyo, en su caso, de aportaciones o garantías públicas. Ya en noviembre de 1984 la Primera Ministra británica, Margaret Thatcher, y el Presidente francés, François Mitterrand, manifestaron en la reunión de Rambouillet su voluntad de hacer posible la construcción del Enlace, con la condición de que no existiese, en modo alguno, apoyo financiero público al Proyecto.

De conformidad con lo dispuesto en la normativa comunitaria entonces vigente¹⁵, los Gobiernos francés y británico efectuaron la publicación del concurso para la ejecución y explotación del Enlace Fijo, que fue publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades* del 7 de septiembre de 1985. Concurrieron un total de cuatro proyectos (Ruiz Ojeda: 482):

- El denominado *Channel Expressway*, que proponía la construcción de dos túneles submarinos para tráfico rodado, con circulación permanente en cada sentido, y con la posibilidad de construir, de forma simultánea o con posterioridad, sendas vías férreas en cada uno de los dos túneles para soportar un tren de frecuencia horaria en cada sentido.
- El Proyecto *Eurobridge*, solución mixta consistente en un puente de cuatro apoyos para tráfico rodado y un túnel submarino para ferrocarril de circulación restringida.
- El Proyecto *Euroroute*, también de carácter mixto, proponía la construcción de un puente para tráfico rodado con apoyo en dos

¹⁵ Principalmente la Directiva 71/305, complementada por la Declaración de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros en el Consejo de las Comunidades de 26 de julio de 1971 («Diario Oficial» n.º C82, de 16 de agosto), así como la Directiva del Consejo 72/277, de 26 de julio de 1972 («Diario Oficial» n.º L176, de 3 de agosto).

islas artificiales y de un túnel submarino para circulación ferroviaria.

- El Proyecto *Eurotunnel*, que en lugar de presentar soluciones innovadoras -y más costosas- como los otros licitantes, optó por presentar la solución que se intentó poner en práctica en 1974-1975 y que gozaba, *a priori*, del beneplácito oficial.

Tras los análisis y deliberaciones llevados a cabo por una Comisión Mixta Intergubernamental nombrada al efecto y por sendas Comisiones de los Parlamentos francés y británico se optó por esta última postura y se tomó la decisión de adjudicar la construcción y explotación del enlace a sus licitadores, el consorcio británico *Channel Tunnel Group* y el francés *France Manche*. (Ruiz Ojeda).

Francia se inclinaba por una fórmula de gestión en régimen de economía mixta, con un ferrocarril de alta capacidad. El Reino Unido a su vez, exigió como condición irrenunciable la exclusión de cualquier tipo de participación o de responsabilidad financiera pública y además era partidario de un enlace de tráfico rodado, con un eventual enlace ferroviario, que no exigiera la implantación en suelo británico de líneas de alta velocidad, ya que, a nivel de política general de transporte, la estructura ferroviaria británica se estimaba bien provista con la tecnología convencional y no estaban contempladas, ni siquiera a largo plazo, inversiones en alta velocidad. La dinámica negociadora impuso por sí misma la recíproca aceptación de estas exigencias previas, y de ahí surgió la opción por un Proyecto íntegramente privado de Enlace Fijo ferroviario de gran capacidad y con tecnología avanzada (Ruiz Ojeda).

a) Marco contractual

El marco regulador del Proyecto de Enlace Fijo queda configurado por el Tratado Franco-Británico (Tratado), firmado en Canterbury el 12 de febrero de 1986 y ratificado mediante canje de notas de la misma fecha; por el Acuerdo de Concesión, de 14 de marzo del mismo año, suscrito entre los respectivos Gobiernos y los adjudicatarios de la concesión. Cada país promulgó estatutos que viabilizaran a los países poder entrar en este acuerdo. En el Reino Unido se promulgó la *Channel Tunnel Act*, de 23 de julio de 1987 y en Francia se aprobó el *Décret*, de 6 de mayo de 1987. Tanto el Tratado como el Acuerdo de Concesión entraron en vigor el 29 de julio de 1987 (Ruiz Ojeda: 488).

En el caso de la *Channel Tunnel Act* se buscaba, fundamentalmente, crear un régimen propio para el Proyecto, distinto de la *Town and Country Planning Act*, con el fin de eliminar por completo las competencias de las autoridades locales y regionales y evitar interferencias. En el caso del citado *Décret* del Gobierno francés, la intención no pasaba de conferir al Proyecto la necesaria declaración de utilidad pública y de urgente necesidad de ocupación a efectos expropiatorios.

El artículo 1.1 del Tratado afirma que “*el Enlace Fijo del Canal será financiado sin recurso alguno a fondos o garantías gubernamentales, sean estas de carácter financiero o comercial*”. En igual sentido, la cláusula 2.1 del Acuerdo de Concesión (en adelante Acuerdo) establece que “*los concesionarios tendrán solidariamente el derecho y el deber de llevar a cabo el desarrollo, financiación, construcción y puesta en marcha del Enlace Fijo durante todo el periodo de duración de la concesión (...) deberán hacerlo a su exclusivo riesgo y ventura, sin recurso a fondos o garantías gubernamentales, de carácter financiero o comercial, sin consideración alguna de las eventualidades que pudieran acaecer*”.

La *Channel Tunnel Act* establece y regula expresamente la responsabilidad en la que incurrirán las autoridades y entidades públicas británicas que vulneren esta prohibición general de asistencia financiera o comercial, así como el derecho de indemnización que los perjudicados tienen frente a la propia Administración británica por dicha contravención (Sección 2, apartados 4, 5 y 6). Los concesionarios responden solidaria y mancomunadamente (*joint and several*) frente a los Estados concedentes del cumplimiento de las obligaciones nacidas de la concesión (cláusula 20 del Acuerdo). De conformidad con ello, en todos los contratos que los concesionarios celebren en lo sucesivo para la construcción, financiación o explotación del enlace se deberá hacer constar expresamente la ausencia de tales garantías por parte de los Estados concedentes (cláusula 5.6 del Acuerdo).

Consecuencia de lo dicho es la total libertad comercial y de política de tarifas y precios de la que gozan los concesionarios en la explotación del Enlace, siempre de acuerdo con las previsiones establecidas en el Derecho comunitario europeo y en el de los Estados concedentes (cláusula 2.1, del Acuerdo). El artículo 13.6 del Tratado establece expresamente que los Estados firmantes no tienen obligación alguna de hacerse cargo de la construcción o funcionamiento del Enlace Fijo en los casos de incumplimiento por los concesionarios o por cualquier otra causa que no sea el cumplimiento del término de la concesión, aunque se admite que libremente lo hagan (artículo 15.3 del Tratado).

Al término de la concesión, así como ante el abandono, renuncia o exclusión del concesionario, se producirá la reversión de todas las instalaciones, bienes, recursos y derechos que formen parte del enlace y resulten necesarios para su ordinaria funcionamiento; los Estados concedentes serán titulares de los bienes e instalaciones que radiquen en el ámbito territorial de sus jurisdicciones respectivas,

y los derechos y recursos no divisibles se entenderán pertenecientes por mitades indivisas (artículo 17 del Tratado y cláusula 39.2 del Acuerdo).

Según la cláusula 39.3 del Acuerdo de Concesión, los Estados concedentes podrán exigir a los concesionarios, dentro del plazo de los cinco años inmediatamente anteriores al del vencimiento del término de la concesión, las fianzas que estimen oportunas para garantizar el cumplimiento de la carga de la reversión y el buen estado de las obras e instalaciones objeto de la misma.

La extinción de la concesión tiene lugar por las siguientes causas:

- por expiración del termino de cincuenta y cinco años, a contar desde la fecha de entrada en vigor del Acuerdo, es decir, desde el 29 de julio de 1987 (cláusula 3.2 del Acuerdo);
- por insolvencia irreversible de los concesionarios (clausulas 35 y 24);
- por necesidades de defensa o seguridad nacional de cualquiera de los Estados concedentes (cláusula 36 del Acuerdo y artículo 15.3 del Tratado);
- por situaciones de grave fuerza mayor que impidan la continuidad de las actividades en que la concesión consiste, tales como guerras, invasiones o cualquiera otros conflictos armados, sediciones, actos de terrorismo, sabotajes y otros daños criminales graves, explosiones nucleares y contaminación radioactiva y química, acciones de los elementos naturales, huelgas de excepcional importancia, entre otros (cláusula 24.1 del Acuerdo);
- por desistimiento de los Estados concedentes (cláusula 38 del Acuerdo).

Otro elemento o principio rector del Proyecto lo es el equilibrio financiero del concesionario y la cuestión de los daños a terceros. Sobre este particular el acuerdo dispone que los Estados concedentes no resultarán responsables de los desafíos que los concesionarios, sus contratistas, subcontratistas, agentes y operarios causen a terceros, incluidos los usuarios del Enlace o de sus instalaciones anclares o auxiliares (cláusula 21.1 del Acuerdo).

En aquellos casos en que el daño sea consecuencia de una actuación negligente de los Estados, los concesionarios tendían derecho a que, por vía de repetición, se les reintegren las cantidades abonadas a los perjudicados y sean resarcidos de los demás desafíos que hubieren sufrido (cláusula 21.2 del Acuerdo). Los concesionarios deberán cubrir estas responsabilidades mediante los oportunos contratos de seguro (cláusula 22 del Acuerdo). Lo cual significa que la responsabilidad frente a terceros recae en el concesionario.

Los hechos extraordinarios constitutivos de fuerza mayor no dan lugar, en ningún caso, al derecho a recibir compensaciones o medidas de apoyo financiero por parte de los concesionarios (cláusulas 25.2 y 35 del Acuerdo de Concesión), la consumación de esas eventualidades les exonera de la obligación de continuar con la construcción y explotación del Enlace, sin pago de compensación alguna de los Estados concedentes y sin perjuicio del mantenimiento de las obligaciones y responsabilidades que hayan contraído previamente con terceros (cláusula 24 del Acuerdo).

La interrupción o cesación de las obras o de la explotación del Enlace por decisión adoptada por los Principales en los casos en que así lo exija la seguridad o la defensa de cualquiera de los Estados, o por otros motivos justificados, dará lugar siempre a la indemnización a favor de los concesionario (cláusula 25.3 y 36 del Acuerdo). Las interrupciones, retrasos y demás incumplimientos no definitivos

imputables a los concesionarios podrán ser objeto de penalidades pecuniarias (cláusula 26 del Acuerdo)

El último elemento o principio rector del Proyecto a discutir lo es la consideración restrictiva de la posición de monopolio de los concesionarios y la cuestión de las reglas de libre mercado. Así pues, se mantiene el principio de gestión según mercado. Específicamente, los concesionarios mantienen la más plena libertad en la fijación de su política comercial, tanto en la ordenación de los servicios como en los precios, tarifas, y demás contraprestaciones debidas por los mismos, de manera tal que se declaren expresamente inaplicables las disposiciones de los Derechos nacionales de los Estados concedentes que restrinjan tal autonomía (cláusula 12.1 del Acuerdo y artículo 12 del Tratado).

No obstante, los concesionarios tienen la obligación de notificar a los Principales las tarifas y precios de los servicios pagados por los usuarios, así como cualquier modificación a las mismas (cláusula 12.4 del Acuerdo). Esta misma libertad rige en los contratos celebrados entre los concesionarios y otros sujetos para la construcción y financiación del Enlace (cláusula 17 del Acuerdo).

En cuanto al régimen fiscal y financiero, la cláusula 30 del Acuerdo estipula que todas las transferencias de fondos, operaciones financieras, adquisiciones, y conversiones de divisas e intercambio de bienes y servicios realizados con motivo de la construcción y explotación del Proyecto estarán sometidas a las normas generales vigentes en los Estados concedentes y la normativa comunitaria, especialmente en lo que respecta al pago de impuestos y ejercicio de controles por las autoridades competentes. Lo cual significa la exclusión de un trato fiscal preferente o del establecimiento de condiciones ventajosas en el mercado mediante la promulgación de regulación proteccionista.

En los supuestos de insolvencia, quiebra o imposibilidad financiera o técnica de los concesionarios tendrá lugar la sustitución de éstos por otros dos nuevos concesionarios, uno francés y otro británico, controlados por los prestamistas de los concesionarios primitivos, con la sola condición de que acrediten ante los Estados concedentes la suficiente capacidad técnica y financiera para el desarrollo del Proyecto (cláusula 32.1.1 del Acuerdo).

Los concesionarios sustitutos se subrogarán en todos los derechos y obligaciones de los concesionarios sustituidos (cláusula 32.1.3 del Acuerdo). La cláusula 32.1.5 del Acuerdo establece que, una vez realizada la sustitución y concurran algunas de las causas de insolvencia técnica o financiera (las mismas que dieron lugar a la sustitución de los primitivos concesionarios), los concesionarios sustitutos podrán abandonar la concesión sin penalidad alguna con la simple notificación a los Principales, aunque con la carga de reversión de recursos, bienes e instalaciones, en las condiciones generales de la cláusula 39. En el supuesto en que los concesionarios primitivos regularicen su situación financiera con las entidades prestamistas, podrán recuperar la condición de concesionarios, siempre que cuenten con el consentimiento de dichos acreedores y así lo soliciten éstos a los Estados concedentes; en este caso se aplicarán las previsiones establecidas en la primera sustitución (cláusula 32.1.6 del Acuerdo).

El otorgamiento de una nueva concesión tendrá lugar cuando se produzca una terminación prematura de la concesión originaria por cualquier causa y no se haya producido la sustitución antes mencionada o producida ésta, los concesionarios-sustitutos hayan abandonado la concesión (cláusula 32.2 del Acuerdo). Los Estados deberán antes de abrir el procedimiento de licitación para la adjudicación de esta nueva o segunda concesión, ofrecer tal adjudicación directa a los concesionarios sustitutos, si hubiera habido tales. En todo caso, quedarán a

salvo los derechos de los prestamistas del concesionario primitivo y, en el nuevo Acuerdo de Concesión deberán establecerse que los prestamistas quedan facultados para percibir, en pago de sus créditos, ciertas cantidades procedentes de la explotación del Enlace por los nuevos concesionarios, sin perjuicio de cualquiera otros convenios que pudieran concluirse a este respecto (cláusula 32.2.1.b del Acuerdo).

Aunque los Estados no tienen obligación alguna de continuar el Proyecto en caso de terminación prematura del mismo, tal solución es posible si así lo acuerdan los principales y los prestamistas. No obstante, en este supuesto los Principales en modo alguno se subrogan en las obligaciones contraídas por los concesionarios primitivos, sino que deberán procederse a una negociación con los prestamistas para fijar el alcance de las responsabilidades de los principales en el pago de los créditos (cláusula 32.3 del Acuerdo).

El contrato de concesión responde al esquema *BOOT (Build, Own, Operate, Transfer)* en el cual los concesionarios están obligados a diseñar, construir, poseer y administrar lo construido, explotarlo y, cumplido el término de la concesión, transferirlo como unidad patrimonial y económica a los Estados concedentes. Los contratos de obra fueron adjudicados a Transmanche Link, un consorcio de diez grandes compañías constructoras (cinco francesas y cinco británicas), que son las mismas que, junto con cinco grandes bancos (tres franceses y dos británicos), fundaron en su día el *Eurotunnel*, el consorcio adjudicatario de la concesión del Canal (Ruiz Ojeda: 501).

Así pues, la idea originaria era la de comprometer a las compañías constructoras en el buen fin del proyecto, haciendo que fueran socios fundadores del concesionario. Esto, para evitar enfrentamientos entre el dueño de la obra y los contratistas ya que el principal interés de las constructoras está en obtener

beneficios de la realización de la obra mientras que el interés de los concesionarios reside en reducir los costes de construcción y terminar cuanto antes las obras para iniciar el periodo de explotación y comenzar a percibir ingresos (Ruiz Ojeda: 505).

b) Financiación del proyecto

Según Ruiz Ojeda (1993: 515), la financiación de este Proyecto es un caso paradigmático de financiación sobre proyecto en régimen de *off balance sheet finance*. Con esto quiere indicarse, simplemente, que los inversores no tienen garantías en los activos de la compañía, sino en los resultados de la explotación, en la capacidad de rentabilidad de la actividad que, en el caso de Eurotúnel, es estrictamente potencial y futura ya que al no tener recursos propios, en la fase de construcción todo será gastos hasta que llegue el momento de comenzar a percibir ingresos en la fase de operación o explotación del Enlace. Este encadenamiento rígido entre la fase de construcción y la de explotación para la generación de ingresos provoca que cualquier retraso en la ejecución de las obras o cualquier alza de los costes tengan unas consecuencias dramáticas en el equilibrio económico de Eurotúnel y, en consecuencia, del Proyecto mismo.

Sentadas esas bases, se presentaban dos canales de captación de recursos: el capital-riesgo o *equity capital* y el crédito o *loan capital*. La estructura financiera del Enlace Fijo descansa en un doble apoyo: la emisión de acciones representativas del capital social de Eurotúnel (ya mediante suscripción de capital inicial o mediante ampliaciones sucesivas) y la concesión de una línea de crédito por parte de entidades financieras (Ruiz Ojeda: 515).

La cláusula 5.2 del Acuerdo de Concesión establece que antes de comenzar la construcción de las obras permanentes de tunelación, los concesionarios deben aportar pruebas a la Comisión Intergubernamental de que se han allegado fondos o

se han adquirido compromisos fiables para la provisión de la financiación suficiente para llevar a cabo las obras y de que las garantías relativas a tales compromisos de financiación no pondrán en peligro su continuación.

Resulta evidente que el método de financiamiento del Proyecto es uno fascinante pero a su vez complejo el cual trasciende el alcance del presente escrito¹⁶.

c) La Comisión Intergubernamental y el Comité de Seguridad

La Comisión Intergubernamental (CI) fue constituida para supervisar, en nombre y en representación de los dos gobiernos, todas las materias concernientes a la construcción y funcionamiento del Enlace Fijo de forma tal que los Estados firmantes ejercieran a través de la misma todos los derechos y obligaciones que dimanen de la concesión (artículo 10.1 y 10.2 del Tratado). Los gastos y expensas de cualquier clase necesaria para el funcionamiento de la CI habrán de ser sufragadas por los concesionarios (artículo 10.9 del Tratado y cláusula 27.8 del Acuerdo).

El marco competencial de la CI queda configurado de la siguiente manera:

- Unas facultades generales de supervisión que abarcan todos los aspectos del Proyecto (cláusula 27.1 del Acuerdo), lo cual incluye la relación vía consulta con los concesionarios para la aprobación de las propuestas hechas por el Comité de Seguridad (artículo 10.3.a y 10.3.d del Tratado) ;
- La adopción de decisiones atribuidas a los Estados por el Tratado y por el Acuerdo para la ejecución y desarrollo del Proyecto (artículo 10.3.c del Tratado);

¹⁶ Para un análisis más profundo sobre el financiamiento del Eurotúnel, véase Ruiz Ojeda (1993: 515).

- La preparación y emisión de disposiciones de carácter general relativas al régimen jurídico del Enlace Fijo, así como su ejecución y efectividad (artículo 10.3.e del Tratado);
- La remisión de recomendaciones a los Estados y a los concesionarios (artículo 10.3.g del Tratado).

La CI tiene una composición paritaria. Sus 16 miembros son designados por mitad por los Estados firmantes, y la presidencia es ejercida de modo alterno, por un periodo máximo de un año. Dentro de esos 16 miembros habrán de estar integrados dos miembros del Comité de Seguridad (artículo 10.4 del Tratado).

El Comité de Seguridad (CS) es un órgano de asistencia y asesoramiento de la CI en todas las materias relativas a la seguridad en la construcción y funcionamiento del Enlace Fijo (artículo 11.1.a del Tratado). Además de las funciones que la CI delegue en el CS, éste participará directamente en la supervisión de los anteproyectos presentados por los concesionarios y en la elaboración de las disposiciones generales aplicables al Enlace Fijo (artículo 11.1.a del Tratado) y tendrán plenos poderes de inspección de instalaciones e investigación (artículo 11.8 del Tratado). En caso de emergencia por grave e inminente peligro, el presidente del CS adoptará todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad de las personas y de los bienes (artículo 11.3 del Tratado).

Se observa, por tanto, cómo el CS es un órgano subordinado a la CI (cláusula 27.2 del acuerdo). También el CS tiene una composición paritaria, con el mismo régimen de alternancia en la presidencia. Sus gastos y expensas son igualmente pagados por los concesionarios (artículo 11.9 del Tratado y cláusula 27.8 del Acuerdo). La CI y el CS están directamente pensados para servir de vehículo a las competencias que directamente corresponden a los Estados en los

instrumentos reguladores, esto es, los aspectos de seguridad, defensa y medio ambiente (artículos 5, 6 y 7 del Tratado).

En este sentido, Ruiz Ojeda (1993: 509) apunta que en esta vertiente del Proyecto aparecen claramente definidas lo que son las competencias ordinarias de los poderes públicos en una infraestructura de estas características. Manteniendo, a fin de cuentas, esa plenitud competencial, resulta paradójico que la responsabilidad financiera de los Estados concedentes no esté a la altura de su responsabilidad operativa y capacidades de control. Esto afecta de modo decisivo al equilibrio económico de la concesión o, mejor dicho, de los concesionarios. La ausencia de participación financiera de los Principales en el Proyecto y la indefinición de especificaciones y condiciones de ejecución provocaron que, tanto la CI como el CS, no escatimaran a la hora de exigir calidades en la supervisión de los anteproyectos. Poco importaba el alza de los costes y los mismos gastos de funcionamiento de la CI y del CS ya que éstos eran por cuenta de los concesionarios.

d) El Comité de Expertos

La cláusula 67 del Acuerdo establecía la formación de un Comité de Expertos (Comité o Panel) con el objeto de resolver, con rapidez y con carácter previo a recurso al arbitraje, las controversias surgidas. En caso de no alcanzar una solución satisfactoria a través de este mecanismo pre arbitral –y bajo la condición de su utilización previa- se preveía el recurso al arbitraje.

La función de este Comité consistía en ofrecer una cobertura ininterrumpida para la solución de disputas a lo largo de la ejecución de las obras, intentando no paralizar el desarrollo de las mismas y mostrándose disponible en todo momento. De este modo, el Panel quedaba constituido desde el principio del contrato y su

duración se prolongaba a lo largo del desarrollo del mismo y hasta el momento último de la expedición del certificado de final de obra. Además de su constitución permanente, el Comité debía estar informado regularmente de la marcha de las obras y realizar visitas al lugar de ejecución para completar esta información. Esta particularidad se presentaba como una ventaja, dado que una de las dificultades que presentaba la ejecución del contrato era la falta de concreción del proyecto en el momento de la firma. Dada la complejidad técnica del mismo, algunas cuestiones no aparecían especificadas y, por ello, procedía la existencia de un órgano que pudiera mediar en las negociaciones de las partes sobre estos aspectos y que tuviera una potestad decisoria que actuara con rapidez y eficacia (Reig Fabado: 145).

El Panel de Expertos y el tribunal arbitral trabajaban de forma conjunta. Las controversias eran resueltas, sucesivamente, por los dos órganos, arbitral y pre arbitral, y las obras no se paralizaron o retrasaron por razón de discrepancias comerciales o legales. Las partes mostraron su disconformidad con algunas de las decisiones adoptadas, pero debe tenerse en cuenta que para que las decisiones del Panel fueran obligatorias tenían que ser emitidas por unanimidad y que, pese a la cláusula de arbitraje, todas las disputas se resolvieron con anterioridad a la terminación de la obra. El Panel decidió sobre 20 disputas por unanimidad, se dictaron dos laudos arbitrales y se obtuvieron dos medidas provisionales o *interim measures*, una de los tribunales franceses y otra de los tribunales ingleses (Reig Fabado: 146).

El procedimiento para el arreglo de diferencias contenido en la citada cláusula 67 establecía un sistema escalonado con dos instancias. Así, obligaba, como primer paso, a someter todo tipo de disputa al Comité. Para ello debía procederse a su composición que, en este caso, tenía la condición de un Comité con carácter

permanente, que contaba con toda la información sobre el contrato, la obra y su desarrollo y que debían emitir una decisión con carácter previo a la posibilidad de acudir al arbitraje. Este Panel o Comité se componía de cuatro ingenieros –dos titulares y dos suplentes- y un presidente que era un catedrático de derecho de nacionalidad francesa. Si las decisiones eran unánimes se convertían en finales y obligatorias para las partes, sin perjuicio de poder recurrirlas en arbitraje, así que se veían obligados a dictar decisiones unánimemente, según se exigía en la cláusula 67.2 del Acuerdo (Reig Fabado: 146).

Este Comité de resolución contaba con un plazo de 90 días para la emisión de una decisión pre arbitral que pusiera fin a la controversia surgida. Si alguna de las partes no estaba de acuerdo con la decisión, podía someterla al procedimiento arbitral. Si, por el contrario, ninguna de ellas se oponía, se convertía en firme y obligatoria para las partes. El recurso al arbitraje también procedía, según la cláusula 67.3 del Acuerdo, en caso de incumplimiento de la decisión por alguna de las partes o, cuando transcurrido el plazo previsto el Panel no hubiera emitido una decisión. En cualquiera de estos tres casos, las partes cuentan, de nuevo, con un periodo de 90 días para acudir al arbitraje y se exige la notificación a la otra parte de esta intención (Reig Fabado: 147).

e) Tribunal de Arbitraje

La cláusula 40.1 del Acuerdo de Concesión y el artículo 19 del Tratado, prescriben que todo conflicto, diferencia o desacuerdo, habrá de solventarse ante un Tribunal de Arbitraje. Este Tribunal es constituido *ex profeso* para cada controversia, y opera con arreglo a las siguientes normas:

- Cada parte implicada designará un árbitro. Éstos nombrarán, de común acuerdo, un miembro más que sea nacional de un país tercero, el cual

tendrá la condición de Presidente del Tribunal, y, en caso de desacuerdo, el nombramiento recaerá sobre el Presidente del Tribunal de las Comunidades Europeas, y si este fuera nacional de uno de los Estados signatarios será sustituido por el Presidente senior de las Salas de dicho Tribunal (artículo 19.2 del Tratado).

- Adoptarán sus decisiones por mayoría de votos, ninguno de los miembros del Tribunal podrá abstenerse y el Presidente tendrá voto dirimente o de calidad. Las sentencias serán vinculantes y plenamente ejecutivas para las partes (artículo 19.3 del Tratado).
- Cada parte sufragará en partes iguales los gastos y expensas del árbitro seleccionado y las del Presidente. El Tribunal determinará en su sentencia la forma y proporción en que se sufragarán los gastos comunes (artículo 19.4 del Tratado).
- Sin perjuicio del recurso a los Derechos francés y británico cuando ello sea necesario, el Tribunal Arbitral fundamentará sus resoluciones en las disposiciones del Tratado, en las del Derecho Internacional y, cuando las partes estén de acuerdo con ello, en principios de equidad (artículo 19.6 del Tratado).

f) Fase de funcionamiento y explotación

El Acuerdo de Concesión prevé en su cláusula 1 el establecimiento de un contrato de explotación entre el concesionario y las compañías ferroviarias públicas francesa (*Societe Nationale des Chemis de Fer*) y británica (*British Rail Board*). Dicho contrato fue firmado por *Eurotunnel* y BR/SNCF el 29 de julio de 1987. De acuerdo con este contrato, *Eurotunnel* explotaría en exclusiva, sin intervención alguna de las compañías ferroviarias, salvo posterior convención al respecto, los

trenes de trayecto *shuttle* (de simple paso de Canal). La explotación de las líneas de conexión Londres-París-Bruselas se regirá conforme a las siguientes reglas (Ruiz Ojeda: 523):

- La mitad de la capacidad de transporte de los trenes pertenece en exclusiva a *Eurotunnel* hasta la extinción de la concesión.
- La otra mitad de la capacidad de transporte de los trenes estará reservada a la explotación directa de las compañías ferroviarias, que abonarán a *Eurotunnel* un canon anual fijo de explotación y una cantidad también anual, proporción al número de viajeros y volumen de mercancías.
- BR/SNCF contribuirán también anualmente a sufragar los gastos de explotación del conjunto del Enlace Fijo.

Así las cosas, el 6 de mayo de 1994, la Reina Isabel de Inglaterra y François Mitterrand, Presidente de la República Francesa, inauguraron el túnel subterráneo del Canal de la Mancha que une a Francia y el Reino Unido. Finalmente, se construyó un túnel de 50 km de longitud de los cuales 39km están por debajo del mar, siendo ésta la vía submarina más extensa del mundo. En términos de pasajeros, entre 1994 y 2000 había alcanzado la cifra de 57 millones de personas (León Orosco: 7).

El túnel cuenta con dos vías que ofrece dos servicios: por un lado el traslado de vehículos en vagones entre Francia y el Reino Unido y, por otro, un servicio ferroviario de pasajeros entre algunas de las principales estaciones europeas (Londres, París y Bruselas). Las cifras arrojaron unos resultados de 225 bancos participantes y 750.000 accionistas. Una de sus características fundamentales consiste en la financiación privada de la obra y en el carácter internacional del acuerdo. El proyecto del Eurotúnel se presenta como un proyecto privado en función de una decisión política (Reig Fabado: 136).

El Enlace Fijo del Canal de La Mancha es el primer gran proyecto de infraestructura llevado a cabo en Europa en régimen de concesión en la que no existen técnicas de apoyo financiero al gestor. Otros importantes aspectos del Proyecto lo fueron sus implicaciones jurídico-internacionales. Según Ruiz Ojeda (1993: 525), el defecto básico del Proyecto se localizó en la Comisión Intergubernamental la cual se limitaba a exigir altos niveles de calidad en los sistemas de seguridad y control y mostrarse intransigente en el ejercicio de las demás competencias. Si los gobiernos hubiesen asumido una responsabilidad financiera directa en el proyecto probablemente se hubiesen fijado desde el principio las especificaciones de los materiales y trabajos y la CI hubiese sido conservadora a la hora de pedir modificaciones, por la sencilla razón de tener que soportar el alza de los costes. En fin, hubiera sido preferible una presencia efectiva de los Gobiernos en los órganos rectores de *Eurotunnel* sobre la base de una contribución dineraria, sobre todo para contrarrestar la agresividad de las compañías constructoras.

Lo anterior se puede resumir como una vulneración a la teoría de la colaboración. En el Proyecto del Eurotúnel los Estados concedentes no asumieron los riesgos cuyas capacidades le permitían. A pesar de no responder por los riesgos económicos del proyecto, sí asumieron un rol activo en la dirección de la obra con el efecto consabido de que la parte que no aporta capital carece de la motivación necesaria para tomar decisiones que procuren la eficiencia de la operación.

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

En España existe una disposición legal que atiende lo relativo a la contratación gubernamental. El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público¹⁷ (TRLCS), tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajuste a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa (artículo 1 TRLCS)¹⁸.

Las entidades del sector público sólo podrán celebrar aquellos contratos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales.

¹⁷ Publicado en BOE núm. 276 de 16 de Noviembre de 2011.

¹⁸ Es igualmente objeto de dicha Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar. En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración (artículo 25 TRLCS).

Además, dichas entidades velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública. En este sentido, la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas (artículos 22-23 TRLCSP)¹⁹.

El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que la Ley así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados. Los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, así como

¹⁹ Salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público deben incluir, necesariamente, las siguientes menciones: la identificación de las partes; la acreditación de la capacidad de los firmantes para suscribir el contrato; definición del objeto del contrato; referencia a la legislación aplicable al contrato; la enumeración de los documentos que integran el contrato. Si así se expresa en el contrato, esta enumeración podrá estar jerarquizada, ordenándose según el orden de prioridad acordado por las partes, en cuyo supuesto, y salvo caso de error manifiesto, el orden pactado se utilizará para determinar la prevalencia respectiva, en caso de que existan contradicciones entre diversos documentos; el precio cierto, o el modo de determinarlo; la duración del contrato o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como la de la prórroga o prórrogas, si estuviesen previstas; las condiciones de recepción, entrega o admisión de las prestaciones; las condiciones de pago; los supuestos en que procede la resolución; el crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio, en su caso; la extensión objetiva y temporal del deber de confidencialidad que, en su caso, se imponga al contratista (artículo 26 TRLCSP).

penalizaciones por incumplimiento de cláusulas contractuales, debiendo determinar con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación (artículos 86-87 TRLCSP).

La doctrina española clasifica los contratos del sector público de la siguiente manera (artículo 5 TRLCSP):

- contratos de obras;
- contratos de concesión de obras públicas;
- contrato de concesión de servicios públicos;
- contrato de suministro;
- contrato de servicios;
- contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado y;
- contratos mixtos.

Los contratos de obra son aquellos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de ciertos trabajos enumerados en la ley, incluyendo pero no limitado, a la construcción de autopistas, carreteras, vías férreas entre otras.²⁰ De otra parte, el contrato de concesión de obra pública es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones propias del contrato de obras, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el

²⁰ Algunas de las obras mencionadas en el Anexo I del TRLCSP son: construcción de autopistas, carreteras, vías férreas y campos de aterrizaje, obras hidráulicas, instalaciones eléctricas, demolición de inmuebles, movimientos de tierra, etc.

derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio (artículo 7 TRLCSP).

En cuanto a los actos preparatorios del contrato de concesión de obra pública, con carácter previo a la decisión de construir y explotar en régimen de concesión una obra pública, el órgano que corresponda de la Administración concedente acordará la realización de un estudio de viabilidad de la misma. La Administración concedente someterá el estudio de viabilidad a información pública (artículo 128 TRLCSP).

Como podemos observar, el contrato de concesión de obra incluye tanto obras nuevas como la reparación de construcciones existentes a cambio del derecho a explotar las mismas. Es importante resaltar que la contraprestación puede incluir además el pago por la Administración de una aportación complementaria para la viabilidad del proyecto. En este sentido, la aportación de la Administración debe de ser consistente con el requisito de que la obra o el servicio se ejecuten en todo caso a riesgo y ventura del contratista. Como hemos discutido anteriormente, es necesario determinar si hubo transferencia de riesgo, tanto para clasificar el contrato como para determinar si la deuda se consolidará con el balance de la Administración.

El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración (artículo 8 TRLCSP). En cuanto a los contratos de suministro, éstos son los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles. Los contratos de servicios son aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un

resultado distinto de una obra o un suministro. Los contratos de servicios incluyen servicios de mantenimiento y reparación, de transporte terrestre, servicios de telecomunicación, financieros, jurídicos, de informática, investigación, contabilidad, publicidad, entre otros (artículos 9-10 TRLCSP).

Finalmente, estamos ante contratos mixtos cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase. Para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, se tomará en cuenta el carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico. Es decir el régimen aplicable será el de la prestación que tenga mayor valor (artículo 11 TRLCSP).

Los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización. Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga carácter de emergencia²¹. Con el fin de asegurar la transparencia y el acceso público a la información relativa a su actividad contractual, y sin perjuicio de la utilización de otros medios de publicidad en los casos exigidos por Ley, los órganos de contratación difundirán, a través de Internet, su perfil de contratante. La forma de acceso al perfil de contratante deberá

²¹ Dentro de los tres (3) meses siguientes a la formalización del contrato, para el ejercicio de la función fiscalizadora, deberá remitirse al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma una copia certificada del documento en el que se hubiere formalizado aquél, acompañada de un extracto del expediente del que se derive, siempre que la cuantía del contrato exceda de 600.000 euros, tratándose de obras, concesiones de obras públicas, gestión de servicios públicos y contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado; de 450.000 euros, tratándose de suministros, y de 150.000 euros, en los de servicios y en los contratos administrativos especiales. Igualmente se comunicarán al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos, las variaciones de precio y el importe final, la nulidad y la extinción normal o anormal de los contratos antes indicados (artículos 26-28 TRLCSP).

especificarse en las páginas Web institucionales que mantengan los entes del sector público, en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en los pliegos y anuncios de licitación (artículo 53 TRLCSP).

Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija la ley, se encuentren debidamente clasificadas. Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato (artículo 37 TRLCSP).

No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias establecidas en la ley. Así pues, estarán impedidos de contratar con el sector público las personas que hayan sido condenados mediante sentencia firme por delitos económicos²². La prohibición alcanzará a las personas

²² Los delitos son: i) Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de asociación ilícita, corrupción en transacciones económicas internacionales, tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación y receptación y conductas afines, delitos relativos a la protección del medio ambiente, o a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio. La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas, o en las que concurran las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo; ii) Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en éste haya adquirido la eficacia un convenio, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso; iii) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o por infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, o por

jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la ley, el personal y los altos cargos de cualquier Administración Pública, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

La solvencia económica y financiera, así como la solvencia técnica o profesional, deberá acreditarse por uno o varios de los medios establecidos en el TRLCSP, a elección del órgano de contratación. En los contratos sujetos a una regulación armonizada, los órganos de contratación pueden exigir la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de garantía de la calidad y de gestión medioambiental (artículos 20, 74, 81 TRLCSP).

Cabe destacar, que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación,

infracción muy grave en materia medioambiental; iv) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen; v) Haber incurrido en falsedad al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia, o haber incumplido, por causa que le sea imputable, la obligación de comunicar la información requerida; vi) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma. La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal; vii) Haber contratado a personas respecto de las que se haya publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el incumplimiento a que se refiere el artículo 18.6 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, por haber pasado a prestar servicios en empresas o sociedades privadas directamente relacionadas con las competencias del cargo desempeñado durante los dos años siguientes a la fecha de cese en el mismo. La prohibición de contratar se mantendrá durante el tiempo que permanezca dentro de la organización de la empresa la persona contratada con el límite máximo de dos años a contar desde el cese como alto cargo (artículo 60 TRLCSP).

adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. Igualmente corresponderá a este orden jurisdiccional el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada (artículo 20 TRLCSP).

A. Adjudicación de Contratos del Sector Público

Podemos comenzar destacando que durante el procedimiento de adjudicación de contratos del sector público, los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia. Sin perjuicio de las disposiciones relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas (artículo 149 TRLCSP).

En cuanto a los diferentes tipos de procedimientos de adjudicación, debemos mencionar los siguientes (artículos 157-179 TRLCSP):

- Procedimiento abierto: En el procedimiento abierto todo empresario interesado podrá presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores.
- Procedimiento restringido: En el procedimiento restringido sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación. En este procedimiento estará prohibida toda

negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos.

- Procedimiento negociado: En el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos. En términos generales, la mayoría de los contratos de las Administraciones Públicas podrán ser adjudicados por los procedimientos negociados.
- Diálogo competitivo: En el diálogo competitivo, el órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta. Este tipo de procedimiento podrá utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos, cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o el del restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato. Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado se adjudicarán por este procedimiento, sin perjuicio de que pueda seguirse el procedimiento negociado con publicidad en ciertas circunstancias.²³

²³ Específicamente, cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo seguidos previamente sean irregulares o inaceptables por haberse presentado por empresarios carentes de aptitud, por incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones de

Los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. En ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación. No podrá iniciarse la ejecución del contrato sin su previa formalización (artículo 156 TRLCSP).

Los que presenten las ofertas económicamente más ventajosas en las licitaciones de los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán constituir, a disposición del órgano de contratación, una garantía de un 5 por 100 del importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido. No obstante, atendidas las circunstancias concurrentes en el contrato, el órgano de contratación podrá eximir al adjudicatario de la obligación de constituir garantía, justificándolo adecuadamente en los pliegos, especialmente en el caso de suministros de bienes consumibles cuya entrega y recepción deba efectuarse antes del pago del precio. Esta exención no será posible en el caso de contratos de obras y de concesión de obras públicas. La garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista (artículos 95 y 102 TRLCSP).

Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las

trabajo, por infringir las condiciones para la presentación de variantes o mejoras, o por incluir valores anormales o desproporcionados, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato.

condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello. Existen circunstancias excepciones que podrían justificar modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación (artículo 106 TRLCSP).

2. LOS ORÍGENES DEL CPP EN ESPAÑA

A. Ley General de Obras Públicas de 1876

Algunos estudiosos de la materia opinan que la figura de las colaboraciones público-privadas que surge de la LCSP, no es más que la cristalización de viejas fórmulas contractuales presentes desde antiguo en el ordenamiento jurídico español. Con arreglo a las bases aprobadas por las Cortes españolas y promulgadas como Ley el 29 de diciembre de 1876, nace la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 (en adelante, LGOP) con el objeto de establecer una regulación singular y precisa del contrato de obras. De este modo, nos encontramos por primera vez en el ordenamiento jurídico español con una definición concreta de obra pública, entendida como la que sea de general uso y aprovechamiento (los caminos, así ordinarios como de hierro, los puertos, los faros, los grandes canales de riego, los de navegación y los trabajos relativos al régimen, aprovechamiento y policía de las aguas, encauzamiento de los ríos, desecación de lagunas y pantanos y saneamiento de terrenos) y las construcciones destinadas a servicios que se hallen a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos (Borja Colón, 2010).

La virtud principal de dicha Ley, a los efectos del presente estudio, radica en su Capítulo IV ya que contempla la ejecución de obras por particulares, para las cuales no se pida subvención ni ocupación de dominio público y, concretamente, en

su artículo 53 establece que “*los particulares y Compañías podrán también construir y explotar obras públicas destinadas al uso general y las demás que se enumeran en la ley, mediante concesiones que al efecto se les otorguen*”. Siguiendo las prescripciones de la LGOP, las infraestructuras objeto de este contrato primitivo de concesión de obra pública podían ser las carreteras y los ferrocarriles en general, los puertos, los canales de riego y navegación, la desecación de lagunas y pantanos, así como el saneamiento de terrenos insalubres. En este sentido, y por primera vez de forma clara y precisa en una norma de rango legal, nos encontramos con la posibilidad de que un operador económico (“*particulares y Compañías*” en terminología decimonónica) participen en la construcción y explotación de infraestructuras públicas a través de la fórmula de la concesión de obra pública, típico instrumento de base asociativa que sigue sustentando en nuestros días los principales contratos de CPP (Borja Colón, 2010).

En cualquier caso, resulta interesante la regulación que la LGOP realizaba en torno a tres cuestiones esenciales de la concesión de obra pública: el plazo concesional (art. 55), los requisitos para otorgar la concesión (art. 56) y el contenido mínimo del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (art. 60). Por lo que respecta al plazo concesional, las concesiones se otorgaban por un plazo máximo de noventa y nueve años, a no ser que la naturaleza de la obra reclamase un plazo mayor, lo cual debería ser siempre objeto de una Ley. Transcurrido el plazo de la concesión, la obra pasaría a ser propiedad del Estado, de la provincia o del Municipio de cuyo cargo fuere. Toda concesión se otorgaría sin perjuicio de tercero y dejando a salvo los intereses particulares. En segundo lugar, y en cuanto a los requisitos para el otorgamiento de la concesión, la LGOP preveía que para que pudiera otorgarse a un particular o Compañía la concesión de una obra pública se requiriera un proyecto con todos los datos que con sujeción a lo que se dispusiera en los Reglamentos fueran necesarios para formar cabal juicio de la obra, de su

objeto y de las ventajas que de su construcción hubiera de reportar a los intereses generales. Finalmente, en relación con el contenido mínimo de los Pliegos, se establecían que el contenido mínimo debería ser el siguiente (Borja Colón, 2010):

- La cantidad que debía depositar el concesionario en garantía del cumplimiento; de sus compromisos, la cual sería del 3 al 5 por 100 del presupuesto de las obras;
- Los plazos en que debían empezarse y terminarse los trabajos;
- Las condiciones para el establecimiento y para el uso de las obras que en cada caso se creyeran convenientes con arreglo a las leyes;
- Los casos de caducidad y las consecuencias de ésta.

Así pues, desde finales del siglo XIX existen instrumentos precisos de colaboración público-privada, en concreto el contrato de concesión de obra pública de la LGOP que acabamos de ver, que pueden considerarse como el origen natural del actual CPP (Borja Colón, 2010).

B. Real Decreto- Ley 28 de julio de 1928

El segundo punto de encuentro entre el actual CCSPSP y sus orígenes más remotos lo encontramos en el Real Decreto- Ley de 28 de julio de 1928 (en adelante Real Decreto), por el que se regulaban las cooperaciones y auxilios de los usuarios industriales en las obras de regularización y aprovechamiento de los ríos. Es muy clarificadora la Exposición de Motivos del mismo al establecer que la mayor compenetración del progreso de las aplicaciones y un más completo sentido práctico han obligado a establecer nuevas formas de cooperación más intensa y eficaz, estimando así el importante papel de colaboración y aún de estímulo a

iniciativas que a los usuarios industriales les corresponda realizar. En este sentido, el art. 3 de la citada norma establece que: *“las obras de regularización o modificación del régimen de las aguas que se proyecten por iniciativa particular y que no afecten más que a sus industrias [...] no podrán ser auxiliados, por ningún concepto, por las Confederaciones, pudiendo tan solo autorizarse a los concesionarios un canon a su favor...”*. Así pues, parece claro que la noción de cooperación entre el sector privado (los usuarios industriales) y el sector público (Confederaciones) no es una idea tan novedosa como parece (Borja Colón, 2010).

Según apunta Borja Colón (2010), si bien es cierto que el Real Decreto-Ley de 28 de julio de 1928 tiene un objetivo concreto, utilizar la iniciativa privada en la gestión y construcción de determinadas infraestructuras hidráulicas, no es menos cierto que este vínculo jurídico público-privado no es más que otro ejemplo claro de *Public Private Partnerships*.

C. Reglamento Servicios Corporaciones Locales de 1955

Si continuamos navegando cronológicamente por el ordenamiento jurídico español, nos encontramos con que el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (en adelante Reglamento de Servicios) y todavía parcialmente en vigor, establecía en su art. 114 que los servicios de competencia de las Entidades locales podían prestarse mediante concesión administrativa, salvo en los casos en que estuviese ordenada la gestión directa. Asimismo, la concesión podía comprender tanto la construcción de una obra o instalación y la subsiguiente gestión del servicio a que estuvieren afectas, como el mero ejercicio del servicio público cuando no requiriera obras o instalaciones permanentes o estuvieren ya establecidas (Borja Colón, 2010).

Se podría decir, pues, que con el citado Reglamento de Servicios la concesión se constituye en la principal fórmula de colaboración público-privada para la gestión indirecta de los servicios públicos por parte de la Administración local. Existía, de este modo, la posibilidad de que un particular solicitase a la Entidad local la concesión de un servicio público para llevar a cabo la gestión indirecta de éste. En este mismo punto, y para demostrar precisamente el estrecho vínculo que existe entre la concesión como forma de gestión indirecta de los servicios públicos locales prevista en el Reglamento de Servicios de 1955 y el contrato de gestión de servicios públicos regulado por la LCSP de 2007, nos encontramos con que el art. 127.2 de la norma más antigua establecía que la Administración concedente debería (Borja Colón, 2010):

- Otorgar al concesionario la protección adecuada para que pudiera prestar el servicio debidamente.
- Mantener el equilibrio financiero de la concesión para lo cual debería:
 - Compensar económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costes o disminuyeren la retribución; y
 - Revisar las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión.
- Indemnizar al concesionario por los daños y perjuicios que le ocasionare la asunción directa de la gestión del servicio, si ésta se produjere por motivos de interés público independientes de culpa del concesionario.

- Indemnizar al concesionario por el rescate de la concesión o en caso de supresión del servicio.

Así pues, resulta muy significativo el hecho de que en 1955 ya estuviese previsto el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión en los contratos de gestión de servicios públicos locales a través de diversos mecanismos, habida cuenta de que dicho instituto jurídico, el equilibrio financiero del contrato, es uno de los elementos clave de los actuales CPP. Prueba de ello es que el art. 258 de la LCSP vuelve a recoger esta garantía para el adjudicatario del contrato de gestión de servicios públicos (Borja Colón, 2010).

D. Ley de Contratos del Estado de 1965

La Ley paradigmática de contratación administrativa española durante la segunda mitad del siglo XX fue, sin duda, la Ley de Contratos del Estado (LCE), texto aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril. La LCE regula en sus artículos 62 a 82 el contrato de gestión de servicios públicos, definido como “*el contrato mediante el cual el Estado encomiende a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio*”. Dicho estatuto dispone además que el Estado pueda gestionar indirectamente, mediante contrato, todos los servicios de su competencia siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares y mientras no impliquen el ejercicio de poderes soberanos.

Borja Colón (2010) apunta que el art. 66 de la citada norma establece, en lo aquí pertinente, tres modalidades del contrato de gestión de servicios públicos que guardan similitudes con el actual CPP. En primer lugar, la concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura, en segundo lugar, el concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate y, por último, mediante la

creación de una sociedad de economía mixta en que el Estado participe por sí, o por medio de un ente público estatal, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

Borja Colón (2010) señala además, que son numerosos los puntos de encuentro entre el CPP de la Ley de Contratos del Sector Público y las tres modalidades de gestión de los servicios públicos antes apuntadas. En cuanto a la concesión, bastaría con entender que de entre todas las fórmulas contractuales posibles en la LCE, la concesión era la que mejor representaba el reparto de riesgos que caracteriza casi en exclusiva a los actuales CPPs. Por otro lado, y en relación con el concierto, es obvio que desde un punto de vista de la gestión pública supone el máximo exponente del “*know-how*” que las Administraciones Públicas tanto han utilizado en los últimos años. Dicho de otra forma, se hace referencia al deseo por parte de los poderes públicos de aprovechar los conocimientos y métodos del sector privado en la gestión de grandes infraestructuras o en la prestación de servicios verdaderamente complejos. Finalmente, las sociedades de economía mixta de la LCE son el auténtico germen de las actuales CPP institucionalizadas.

3. MARCO JURÍDICO EN LA ACTUALIDAD

A. Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado (CCSPSP)

Como ya hemos señalado, la figura de la colaboración público-privada venía operando de manera silvestre por mucho tiempo en el país, sin embargo no es hasta que se aprueba la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y luego el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que por primera vez se regula de manera específica el contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

La exposición de motivos de la LCSP, refiriéndose al contrato de colaboración entre el sector público y el privado, establece que *“nominados únicamente en la práctica de la contratación pública, la Ley viene, finalmente, a tipificar normativamente los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, como nuevas figuras contractuales que podrán utilizarse para la obtención de prestaciones complejas o afectadas de una cierta indeterminación inicial, y cuya financiación puede ser asumida, en un principio, por el operador privado, mientras que el precio a pagar por la Administración podrá acompañarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto”*.

Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado se definen como aquellos en que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general (artículo 11 TRLCSP).

Las prestaciones incluidas en la definición que provee la ley son las siguientes:

- La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión;
- La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas;

- La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado;
- Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.

Es importante resaltar que sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas. La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento (artículo 11 TRLCSP).

Al momento de adentrarse en un proceso colaborativo las partes deben tomar en cuenta el clausulado mínimo que requiere la normativa vigente. Esto resulta importante para evitar impugnaciones al contrato por ser éste contrario a la ley. Dicho clausulado mínimo son los siguientes (artículo 136 TRLCSP):

- *Identificación de las prestaciones principales* que constituyen su objeto, que condicionarán el régimen sustantivo aplicable al contrato;
- *Condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista*, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las

prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones.

- *Objetivos de rendimiento asignados al contratista*, particularmente en lo que concierne a la calidad de las prestaciones de los servicios, la calidad de las obras y suministros y las condiciones en que son puestas a disposición de la administración.

- *Remuneración del contratista*, que deberá desglosar las bases y criterios para el cálculo de los costes de inversión, de funcionamiento y de financiación y en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos en caso de que sea autorizada y compatible con la cobertura de las necesidades de la administración.

- *Causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración* a lo largo del periodo de ejecución del contrato.

- *Fórmulas de pago* y, particularmente, condiciones en las cuales, en cada vencimiento o en determinado plazo, el montante de los pagos pendientes de satisfacer por la Administración y los importes que el contratista debe abonar a ésta como consecuencia de penalidades o sanciones pueden ser objeto de compensación.

- *Fórmulas de control por la Administración* de la ejecución del contrato, especialmente respecto a los objetivos de rendimiento, así como las condiciones en que se puede producir la subcontratación.

- *Sanciones y penalidades* aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones del contrato.
- *Condiciones* en que puede procederse por acuerdo o, a falta del mismo, por una decisión unilateral de la Administración, a la modificación de determinados aspectos del contrato o a su resolución, particularmente en supuestos de variación de las necesidades de la Administración, de innovaciones tecnológicas o de modificación de las condiciones de financiación obtenidas por el contratista.
- *Control que se reserva la Administración* sobre la cesión total o parcial del contrato.
- *Destino de las obras* y equipamientos objeto del contrato a la finalización del mismo.
- *Garantías* que el contratista afecta al cumplimiento de sus obligaciones.
- *Referencia a las condiciones generales* y, cuando sea procedente, a las especiales que sean pertinentes en función de la naturaleza de las prestaciones principales, que la Ley establece respecto a las prerrogativas de la administración y a la ejecución, modificación y extinción de los contratos.

Lo anterior deja claro la complejidad de este tipo de contrato en la medida en que son múltiples los asuntos que deben ser negociados entre las partes al momento de entrar en un acuerdo colaborativo. Todo ello sin contar con los procedimientos previos a la contratación como lo son puesta en práctica del *Public*

Sector Comparator y determinar el valor añadido del proyecto utilizando el *Value for Money*.

B. Características esenciales

a) Objeto del contrato

Según Chinchilla Marín (2009), el objeto del CCSPSP gira alrededor del concepto de servicio público o actuación de interés general, ya que, según el artículo 11.1 de la LCSP, el objeto del contrato en cuestión consiste en encargar al empresario privado la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna prestación más de las que a continuación enumera la Ley y que abarcan, literalmente, cualquiera de los objetos propios de los contratos típicos, esto es, obras, concesión de obras públicas, suministros o servicios. Incluso, después de enumerar distintos tipos de prestaciones, el apartado 1 del artículo 11 de la LCSP, se cierra con una cláusula abierta: “*otras prestaciones de servicios ligadas al ejercicio por la Administración del servicio público que le ha sido encomendado.*” Estamos, pues, ante un contrato de objeto plural y complejo, esto es, que integra, en un mismo negocio jurídico, varias prestaciones de distinta naturaleza. Es la definición o indefinición del objeto del contrato lo que dificulta y en algunos casos puede que imposibilite distinguirlo del contrato de concesión de obras públicas o del contrato de gestión de servicios públicos que lleve aparejado la construcción de una infraestructura. Veamos.

Según el artículo 7 de la LCSP, el contrato de concesión de obras públicas tiene por objeto la realización de las prestaciones propias del contrato de obras y se caracteriza porque la contraprestación del concesionario consiste bien únicamente

en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio. Del mismo modo, en el CCSPSP, una de sus posibles prestaciones según la letra a) del artículo 11.1 de la LCSP, es “*la construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión*”. Así pues, si, por un lado, la concesión de obras públicas implica la construcción, conservación o mantenimiento de una obra y su explotación, y, por otro, el contrato de CCSPSP también puede tener por objeto una obra, su instalación o transformación y cabe la explotación de la misma, Chinchilla Marín (2009) se cuestiona, ¿dónde radica, entonces, la diferencia entre la concesión de obras públicas y el CCSPSP cuando éste último incluye una obra y se prevea su explotación? A esto, la respuesta propuesta es la referencia a dos elementos de este contrato: el objeto y la remuneración del contratista.

Por lo que respecta al objeto, si se compara el del contrato de concesión de obras públicas, tal y como está definido en el artículo 7 de la LCSP, con el del contrato de CCSPSP, definido en el artículo 11 del mismo estatuto, la diferencia estriba en que el objeto del contrato de obra pública es mucho más limitado que el del contrato de CCSPSP, ya que aunque aquél pueda comprender diversas prestaciones, todas ellas giran en torno a la obra pública (construcción en el sentido más amplio del término; restauración y reparación; conservación y mantenimiento; adecuación, reforma y modernización, y actuaciones de reposición y gran reparación). Chinchilla Marín (2009) señala que difícilmente, podría ajustarse a la figura de la concesión de obra pública, tal y como está definida ahora en la LCSP, un contrato en el que la Administración encargara al contratista no sólo la construcción, mantenimiento, modernización, etc., de un edificio –como por ejemplo un hospital o una cárcel–, sino también la prestación de todos los servicios que lleva aparejada la gestión del servicio público al que el

edificio sirve de soporte material, así como los suministros o fabricación de bienes o de equipos necesarios para el mismo. Por el contrario, esa posibilidad encaja, perfectamente en la definición del objeto del CCSPSP.

Por lo que respecta a la remuneración del contratista, si acudimos al Libro Verde nos encontramos con que, según el mismo, lo que caracteriza a la concesión y la diferencia de otras modalidades contractuales de colaboración entre el sector público y el privado es, precisamente, la existencia de explotación económica, derivada, a su vez, de la existencia de “*un vínculo directo*” entre el socio privado, esto es, el contratista o concesionario, y el usuario final. Según la Comisión Europea, habrá concesión (i) si hay vínculo directo entre el concesionario y el usuario final y (ii) si la remuneración del contratista consiste en cánones abonados por los usuarios del servicio que pueden completarse con subvenciones concedidas por los poderes públicos. Por el contrario, en las otras formas contractuales de colaboración entre el sector público y el sector privado que no son concesiones, la tarea del socio privado, según el Libro Verde, consiste en “*realizar y gestionar una infraestructura para la Administración pública (por ejemplo, un colegio, un hospital, un centro penitenciario o una infraestructura de transporte)*”. En este caso no hay, por tanto, un vínculo directo entre el contratista y el usuario, sino entre el contratista y la Administración, que será la que utilice la infraestructura. En este caso, según el Libro Verde, la remuneración del socio privado no consistiría en cánones abonados por los usuarios, sino en pagos periódicos realizados por el socio privado (Chinchilla Marín 2009).

b) Naturaleza subsidiaria del contrato

Una segunda característica del contrato de CPP es que se ha concebido como una figura contractual subsidiaria, ya que, según el artículo 11 del TRLCSP “*sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el*

sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 134, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas”. Se dispone además, que el análisis de evaluación previa se llevará a cabo por un órgano colegiado donde se integren expertos con cualificación suficiente en la materia sobre la que verse el contrato (artículo 134 (3) del TRLCSP).

Sobre este particular, Chinchilla Marín (2009) concluye que el carácter subsidiario y, en cierto modo, extraordinario con que la LCSP ha configurado este nuevo contrato puede explicarse por el hecho de que el legislador haya optado porque su adjudicación se realice, siempre, por el procedimiento de diálogo competitivo que, como se verá más adelante, es una forma de adjudicación que, por definición, debe emplearse con mucha cautela y en supuestos especiales.

c) La remuneración

El artículo 11.4 del TRLCSP establece que la contraprestación a percibir por el contratista será un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento. Chinchilla Marín (2009: 462) nos aclara que es en la exposición de motivos donde se especifica que el precio lo paga la Administración cuando se indica que *“mientras que el precio a pagar por la Administración podrá acompasarse a la efectiva utilización”*.

Como ya señalamos anteriormente, aquí radica, según el Libro Verde, la principal diferencia con el contrato de concesión de obras públicas: mientras que en este último existe un vínculo directo entre el concesionario y el usuario de la obra pública o del servicio, en el contrato de CCSPSP dicho vínculo no existe. En el contrato de CPP el contratista hace una obra para la Administración y ella es la que

le paga por su uso, por mucho que ésta, a su vez, preste sobre esa infraestructura un servicio al público. La remuneración del contratista es, por tanto, la renta que le pagará la Administración a lo largo de la duración del contrato, renta que podrá ser fija o variable (Chinchilla Marín 2009).

d) Relevante papel del empresario privado

Otra característica del CCSPSP lo es el relevante papel que se le atribuye al empresario. Esto es lo que el Libro Verde denominó “*el importante papel del operador económico*”. En este sentido, el artículo 11.3 del TRLCSP establece que el contratista puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos. En cualquier caso, el peso del protagonismo del empresario privado en el contrato de CCSPSP alcanza su máxima expresión en el denominado “*diálogo competitivo*”, procedimiento de adjudicación de este contrato, que discutiremos más adelante, a través del cual el contratista colabora con la Administración en la definición de los aspectos técnicos, jurídicos y financieros de la operación (Chinchilla Marín, 2009: 464)

e) Identificación y asignación de los riesgos

El TRLCSP establece en su artículo 136 que los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado deberán incluir como parte de sus cláusulas las condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones.

La importancia capital de un adecuado reparto de los riesgos para asegurar la eficiencia de un esquema de colaboración ya ha quedado suficientemente

subrayado a lo largo de este trabajo, si bien, sirva recordar que teniendo en cuenta que la Administración se libera de la asunción de todos los riesgos inherentes asociados a los activos (como el diseño, la construcción, la operación o el valor residual) que corresponderán al sujeto privado como proveedor del servicio, todos los riesgos del proyecto se asignan inicialmente a éste, y corresponde al Estado decidir qué riesgos, de acuerdo con las exigencias del *VFM* deberá retener él en aras de la eficiencia (efecto *take-back*) (Fuertes Fernández: 447).

Como ya hemos mencionado antes, la asignación de riesgos en un esquema de colaboración se articula a través de dos aspectos principales: la capacidad de las partes para asumir el riesgo y el grado en que cada una puede controlar o influir en el objetivo que se ve bajo riesgo, debiendo asignarse, a la parte que más control ejerza sobre él y que pueda gestionarlo con un menor coste. Deben, por tanto, quedar en manos privadas únicamente aquellos riesgos respecto de los cuales dicha parte está más capacitado o en mejor posición para manejarlos adecuadamente considerando que un mayor traslado de riesgos o el de aquéllos que el privado no maneje eficientemente supondrá el cargo por éste de una prima de riesgo más elevada, que incrementará el coste final del servicio a pagar por el Estado y amenazará el objetivo de eficiencia del proyecto (Fuertes Fernández: 447).

C. Actuaciones preparatorias del CCSPSP

a) Evaluación

El artículo 134 del TRLCSP nos habla del proceso de evaluación previa. Dicho articulado dispone que “*con carácter previo a la iniciación de un expediente de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, la Administración o entidad contratante deberá elaborar un documento de evaluación*

en que se ponga de manifiesto que, habida cuenta de la complejidad del contrato, no se encuentra en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, y se efectúe un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación”. Dicha evaluación será realizada por un órgano colegiado donde se integren expertos con cualificación suficiente en la materia sobre la que verse el contrato.

La concepción del documento de evaluación en el marco de las actuaciones preparatorias del contrato responde a la necesidad de que la Administración justifique las razones por las que acude al CCSPSP. En este sentido deberán de cumplirse dos condiciones: por un lado, que dado la complejidad del contrato, la administración no se encuentra en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato y, por otro, que en términos comparativos respecto a otras modalidades de contratación la obtención de un mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, hace recomendable la adopción de este tipo de contrato (Fuentes Fernández: 441).

Según Fuentes Fernández (2015), la primera cuestión aborda la esencia misma del CCSPSP, esto es, la necesidad de la propia Administración de encontrar, en colaboración con el sector privado, el cauce para definir adecuadamente cuáles deben ser las actuaciones a realizar para la satisfacción de los objetivos públicos así como los medios para su consecución. En este sentido, y

dado el carácter residual de este contrato en el marco de la LCSP, la justificación deberá ser lo suficientemente precisa y rigurosa como para sustentar lo que significará, en gran parte, la razón de ser de la utilización de esta forma contractual, sin conformarse con un simple documento de trámite incorporado como mera formalidad al expediente. En todo caso, hay que tener en cuenta que nos encontramos ante un aspecto eminentemente subjetivo, en tanto que la propia necesidad sentida por la Administración sobre la adecuación de esta fórmula contractual como medio para satisfacer las necesidades públicas es, a nuestro entender, motivo suficiente en sí para justificar su adopción.

Según Chinchilla Marín (2009), el tenor de esta disposición pone claramente de manifiesto la simbiosis total que se ha producido en la LCSP entre el CCSPSP y ese nuevo procedimiento de adjudicación introducido por la Directiva 004/18/CE que es el denominado diálogo competitivo. En efecto, la Directiva ha reservado este procedimiento de adjudicación de los contratos públicos para los que sean particularmente complejos, entendiendo por tales, según el tenor de su artículo 1.11.c), aquellos en los que el poder adjudicador no está objetivamente en condiciones de definir los medio técnico que pueden responder a sus necesidades y objetivos y/o no está objetivamente en condiciones de establecer mecanismos jurídicos y/o financieros del proyecto. Estamos ante lo que la Comisión Europea denomina, en la nota explicativa del diálogo competitivo, la complejidad del contrato y la imposibilidad objetiva por parte de la Administración de definirlo. A pesar de que el CCSPSP no ha sido regulado de manera específica por el Derecho comunitario, el legislador español ha optado para que sea el dialogo competitivo el mecanismo normal de adjudicación de este tipo de contrato.

La Comisión explica en los siguientes términos en qué consiste la imposibilidad de la Administración contratante para definir los medios técnicos o/y

los mecanismos jurídicos o/y financieros, para llevar a cabo de forma satisfactoria una operación concreta: *“Los poderes adjudicadores que ejecutan proyectos particularmente complejos pueden, sin que ningún reproche pueda hacerseles por ello, encontrarse en la imposibilidad objetiva de definir los medios aptos para satisfacer sus necesidades o de evaluar lo que el mercado puede ofrecer en términos de soluciones técnicas y/o soluciones financieras/jurídicas. Esta situación puede darse, especialmente, en la construcción de importantes infraestructuras de transporte integrado, grandes redes informáticas o en la ejecución de proyectos con una financiación compleja y estructurada, cuyo mecanismo financiero y jurídico no pueda determinarse con carácter previo”*.

El segundo elemento del requisito de evaluación previa, exige que se *“efectúe un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación”*. González García (2006: 16), consideran este segundo elemento como un *“juicio de razonabilidad”*. El mismo trata sobre el valor añadido en términos de rentabilidad de la inversión y coste de esta forma contractual en comparación con otros mecanismos de provisión. Esto, apunta directamente al aseguramiento del principio de la eficiencia en el gasto público, consecuencia del de eficacia administrativa que establece el artículo 103 de la Constitución española, como fin último de la adopción de una fórmula alternativa de contratación como lo es el CCSPSP (Fuentes Fernández: 442).

En este sentido, Fuentes Fernández (2015: 443) identifica como problemático el hecho de que la Ley no profundiza en el término *Value for Money* sobre el que basa su exigencia de una evaluación previa y que el artículo citado

define como “*obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos*”. Así las cosas, difícilmente puede entenderse de forma precisa el alcance de dicho concepto.

El término *Value for Money* aplicado a los proyectos realizados con financiación privada se refiere a la exigencia de que éstos sean eficientes en términos de coste respecto de su provisión por el sector público, esto es, que aporten cierto valor añadido en términos de rentabilidad de la inversión en comparación con la asunción de dicha inversión directamente con financiación pública y con cargo al Presupuesto. El mayor *VFM* será el de aquella opción de provisión que suponga la menor carga financiera directa o indirecta que el sujeto público debe financiar. Este coste será el de financiar, construir y mantener los activos, por un lado, o el precio por los servicios ofrecidos por el privado en un *PPP* (Grout, 1997: 53-66; Fuertes Fernández: 443)

La efectividad de una evaluación comparativa de esta índole requiere la aplicación de sistemas que igualen la evaluación del coste de los proyectos públicos y privados en términos de riesgo teniendo en cuenta que con financiación presupuestaria pública el coste de los riesgos no se tiene en consideración. Como ya se ha señalado, el método comúnmente utilizado es el *Public Sector Comparator* (PSC) cuya finalidad es la homogeneización de los escenarios de costes entre proyectos con financiación pública y privada mediante la eliminación de las incidencias que sobre éstos produce la evaluación del traslado de riesgos (Fuertes Fernández: 443).

En este contexto, hay que destacar que el apartado 2 del mismo artículo 134 del TRLCSP establece que la evaluación a que se refiere el apartado anterior podrá realizarse de forma sucinta si concurren razones de urgencia no imputables a la Administración o entidad contratante que aconsejen utilizar el contrato de

colaboración entre el sector público y el sector privado para atender las necesidades públicas.

Sobre lo anterior Fuertes Fernández plantea que *“teniendo en cuenta la relevancia de la evaluación previa prevista por el legislador, aspecto decisivo para la propia existencia del CCSPSP dado su carácter residual, la posibilidad de solventar dicho análisis mediante la evacuación de un documento de evaluación “sucinto” no parece avalar un tratamiento acorde con su trascendencia sino más bien lo contrario. A nuestro juicio, la simplificación de los procedimientos por razones de urgencia debe referirse a la reducción de plazos y la eliminación de trámites formales como medio de agilización del propio proceso pero, en ningún caso, es aceptable la eliminación de elementos esenciales o su conversión en meras formalidades sin contenido sustancial”* (Fuertes Fernández: 445).

En igual sentido Chinchilla Marín (2006: 625) comenta lo siguiente: *“no acierto a comprender el porqué de la inclusión de este segundo supuesto que permite acudir al CCSPSP por razones de urgencia, pues pienso que difícilmente va a ser compatible la urgencia con la complejidad que, según se desprende de la ley, es la característica principal de este contrato, su razón de ser”*.

b) Programa funcional

El TRLCSP en su artículo 135 establece que el órgano de contratación, a la vista de los resultados de la evaluación a que se refiere el artículo anterior, elaborará un programa funcional que contendrá los elementos básicos que informarán el diálogo con los contratistas y que se incluirá en el documento descriptivo del contrato. Particularmente, se identificará en el programa funcional la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos,

técnicos o económicos mínimos que deben incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo, y los criterios de adjudicación del contrato.

El programa funcional definirá la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deben incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo y los criterios de adjudicación del contrato. Según Chinchilla Marín (2009), el programa funcional sería el documento que sustituye a los pliegos de condiciones pero llama la atención de que en este documento hayan de incluirse los criterios de adjudicación del contrato cuando precisamente, como veremos más adelante, el dialogo competitivo sirve para discutir y negociar todos los aspectos de un contrato que, por definición, y debido a su complejidad no pueden ser definidos previamente por la Administración.

D. El procedimiento de adjudicación del contrato: el Diálogo Competitivo

Como mencionáramos anteriormente, el diálogo competitivo como mecanismo de selección del socio privado tiene su origen en la Directiva 2004/18/CE. Dicha directiva introdujo un nuevo procedimiento de adjudicación para los contratos “*particularmente complejos*” y la Comisión Europea en el Libro Verde ha declarado que es un procedimiento particularmente adaptado a la adjudicación de contratos CPP (Chinchilla Marín, 2009)²⁴.

²⁴ El artículo 165 del LCSP establece la apertura del procedimiento y solicitudes de particulares. “*Los órganos de contratación publicarán un anuncio de licitación en el que darán a conocer sus necesidades y requisitos, que definirán en dicho anuncio o en un documento descriptivo. Serán de aplicación en este procedimiento las normas contenidas en los artículos 163 a 165, ambos inclusive. No obstante, en caso de que se decida limitar el número de empresas a las que se invitará a tomar parte en el diálogo, éste no podrá ser inferior a tres. Las invitaciones a tomar parte en el diálogo contendrán una referencia al anuncio de licitación publicado e indicarán la fecha y el lugar de inicio de la fase de consulta, la lengua o lenguas utilizables, si se admite alguna otra, además del castellano, los documentos relativos a las condiciones de aptitud que, en su caso, se deban adjuntar, y la ponderación relativa de los criterios de adjudicación del contrato o, en su caso, el orden decreciente de importancia de dichos criterios, si no figurasen en el anuncio de licitación. Serán*

En el apartado 8 del preámbulo de la citada directiva se dice que:

“antes del lanzamiento de un procedimiento de adjudicación de un contrato, los poderes adjudicadores pueden mediante el “diálogo técnico” solicitar o aceptar asesoramiento, que podrá utilizarse para determinar el pliego de condiciones, siempre que dicho asesoramiento no tenga como efecto impedir la competencia”.

Sobre las normas de funcionamiento del diálogo, la Carta del Dialogo Competitivo, firmada en París el 18 Enero de 2007, establece lo siguiente:

1. Desarrollar un procedimiento transparente y respetuoso con la igualdad de trato entre los candidatos.
2. Asegurar que la dirección y la capacidad de decisión están bien definidos de forma que permitan un diálogo responsable, fructífero y sin dilaciones excesivas.
3. Precisar las reglas del juego para el desarrollo del diálogo competitivo de manera que se permita a los candidatos controlar los objetivos de su participación en el diálogo con una transparencia suficiente.
4. Sobre la base de las especificaciones funcionales y/o elementos del proyecto, precisar los temas sobre los que, a través del diálogo

aplicables las disposiciones de los apartados 2 a 5 del artículo 166, en cuanto a la documentación que debe acompañar a las invitaciones, si bien las referencias a los pliegos deben entenderse hechas al documento descriptivo y el plazo límite previsto en el apartado 4 para facilitar información suplementaria se entenderá referido a los seis días anteriores a la fecha fijada para el inicio de la fase de diálogo.”

competitivo, la persona pública espera, prioritariamente, las aportaciones de los candidatos.

5. Redactar el programa funcional en términos de resultados a alcanzar y exigencias a respetar, precisando los elementos que pueden ser o no modificados, en el curso del diálogo competitivo.
6. Velar por un reparto equitativo y optimizado de los riesgos entre la persona pública y el privado, en función de su capacidad respectiva a la hora de cubrirlos y definir por adelantado las modalidades de adaptación del contrato.
7. Respetar la confidencialidad de las proposiciones y del diálogo, así como la propiedad intelectual y el saber hacer en todas sus formas, incluidas las innovaciones financieras o contractuales.
8. Interrumpir las discusiones inútiles y costosas con los candidatos cuando su solución no parezca muy susceptible de ser considerada en la fase final.
9. Indemnizar, en la medida de lo posible, a los candidatos no seleccionados, en función de su contribución al diálogo competitivo.
10. La invitación a enviar las ofertas finales no debe constituir una nueva consulta ni una negociación.

El diálogo competitivo consiste en el establecimiento de un procedimiento flexible que, preservando la competencia entre operadores económicos, atienda la necesidad de las autoridades contratantes de fijar de forma negociada todos los aspectos del contrato con cada candidato. La finalidad fundamental, por tanto, es

determinar y definir las necesidades del órgano de contratación así como los medios adecuados para satisfacerlas a través de un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, para desarrollar una o varias soluciones que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta (Fuertes Fernández: 449).

En específico, en el diálogo competitivo, el órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta²⁵. Abierto el Diálogo, las autoridades podrán discutir individualmente con los candidatos todos los aspectos concernientes al contrato, no sólo los de carácter técnico sino también los económicos o legales, sobre la base de las ideas y soluciones aportadas. Superadas las distintas fases sucesivas en que pudiera establecerse el examen de las proposiciones y soluciones, el órgano de contratación declarará

²⁵ El artículo 166 de LCSP establece el Diálogo con los candidatos: “1. El órgano de contratación desarrollará, con los candidatos seleccionados, un diálogo cuyo fin será determinar y definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades. En el transcurso de este diálogo, podrán debatirse todos los aspectos del contrato con los candidatos seleccionados. 2. Durante el diálogo, el órgano de contratación dará un trato igual a todos los licitadores y, en particular, no facilitará, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto. El órgano de contratación no podrá revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste les comunique sin previo acuerdo de éste. 3. El procedimiento podrá articularse en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de soluciones a examinar durante la fase de diálogo mediante la aplicación de los criterios indicados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, indicándose en éstos si se va a hacer uso de esta posibilidad. El número de soluciones que se examinen en la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva entre ellas, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados. 4. El órgano de contratación proseguirá el diálogo hasta que se encuentre en condiciones de determinar, después de compararlas, si es preciso, las soluciones que puedan responder a sus necesidades. Tras declarar cerrado el diálogo e informar de ello a todos los participantes, el órgano de contratación les invitará a que presenten su oferta final, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo, indicando la fecha límite, la dirección a la que deba enviarse y la lengua o lenguas en que puedan estar redactadas, si se admite alguna otra además del castellano”.

cerrado el diálogo e informará de ello a todos los participantes en el mismo, invitándolos a que presenten su oferta final, basada en las soluciones presentadas durante la fase de diálogo y adjudicará a la oferta más ventajosa. En todo caso, la conducción del Diálogo por el órgano de contratación deberá estar presidida por los principios de igualdad de trato entre todos los participantes, la prohibición de revelar las soluciones propuestas u otros datos confidenciales sin autorización y la garantía de la competencia con un número de soluciones suficientemente amplio en la fase final del diálogo (Fuertes Fernández: 451).

Cabe destacar, que existen opiniones encontradas en torno a la idoneidad de la figura del Diálogo. Por un lado, Chinchilla Marín (2009) apunta que dicho procedimiento representa un riesgo para la libre competencia ya que antes de la adjudicación se va a establecer un diálogo entre la Administración contratante y cada uno de los interesados en contratar con ella y, lo que es más importante, el dialogo puede continuar después que los candidatos hayan presentado sus ofertas finales, e incluso con el que se considera que presenta la oferta más ventajosa económicamente, hasta momentos previos a la adjudicación. Todo ello lleva consigo la posibilidad de que se cree cierta proximidad entre adjudicador y el futuro adjudicatario, con lo que ello puede llevar consigo.

De otro lado, Fuertes Fernández (2015: 454), entiende que el diálogo competitivo representa una fórmula equidistante entre los sistemas de selección competitivos y los procedimientos de negociación directa precisamente por proponer la flexibilidad de la negociación en un contexto competitivo con plenas garantías de concurrencia e igualdad. En tal sentido, Fuertes Fernández no comparte las reservas sobre la ausencia de competitividad en este sistema en tanto que tales apreciaciones serían, en todo caso, predicables de los procesos de negociación directa que se han implantado en numerosos países. De cualquier

forma, la perspectiva acerca de la mejor manera de licitar concesiones continúa abierta al debate²⁶.

E. Régimen Jurídico

De acuerdo con los criterios calificadores de la ley, los CCSPSP se pueden clasificar como un contrato administrativo, típico y armonizado (Chichilla Marín, 2009: 455). Específicamente, los CCSPSP son de naturaleza administrativa sujetos a una regulación armonizada en la medida en que el artículo 11 de la LCSP dispone que “*son contratos de colaboración entre el sector público y privados aquéllos en que una Administración Pública encarga a una entidad de Derecho Privado (...)*”. Dicho lenguaje establece que sólo estas entidades pueden otorgar esta modalidad contractual. Esta naturaleza administrativa determina que la jurisdicción contencioso-administrativa sea la competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de las CPP, tal como dispone el artículo 21 de la Ley de Contratos del Sector Público (González García, 2010: 92-93).

De acuerdo con lo que prevé el Artículo 120.1 de la LCSP son las partes las que determinan cuál es la prestación característica del contrato, lo que determinará su régimen jurídico. No hay, en consecuencia, una regla como la de los contratos mixtos, que determina que la prestación más relevante es aquella que lo sea desde el punto de vista económico. Esta desregulación permite a las partes delimitar cuál es el régimen jurídico que va a regir y se identifiquen las normas generales y especiales de la contratación administrativa que resulten de aplicación (González García, 2010: 90, 118).

²⁶ Según Cruz Ferrer (1999: 530), la fórmula del diálogo competitivo sirve de cauce para la introducción de la iniciativa privada en el ámbito de la planificación de las infraestructuras, tradicionalmente reservada a los poderes públicos.

En este sentido, debemos recordar que el artículo 11 del TRLCSP establece una definición del CCSPSC un tanto ambigua, lo cual la doctrina ha considerado como un ejercicio consciente de imprecisión ya que dicha definición deja abierto el tipo y el número de prestaciones que pueden combinarse en un CCSPSP que, por definición, es un contrato mixto que no tiene un objeto propio y distinto de los objetos característicos de los contratos típicos, sino que su singularidad radica en que mezcla o combina, potencialmente, todos los posibles objetos de los contratos administrativos, típicos o especiales. Estamos, pues, ante una definición legal que se limita a describir unos elementos caracterizadores de este tipo contractual, para que sean las partes –la Administración y el contratista privado– las que terminen de definir y concretar los elementos del contrato en cada caso específico. Se ha dicho, por ello, que es un *modelo para armar*, porque se limita a definir un marco mínimo de actuación que deja en manos de la Administración pública y de los operadores privados la posibilidad de diseñar, en cada caso concreto, el régimen contractual que mejor se ajuste a las necesidades del servicio o de la actividad de interés general de que se trate (Chinchilla Marín, 2009; González García, 2006).

CAPÍTULO OCTAVO

LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL DERECHO PUERTORRIQUEÑO

1. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN PUERTO RICO

Debemos comenzar resaltando que en Puerto Rico no existe una ley especial que atienda específicamente lo relativo a la contratación gubernamental. La normativa que rige dicha materia tiene su origen en el Código Civil de Puerto Rico (Código Civil), la Constitución y la Jurisprudencia interpretativa. Por tal razón, el presente análisis será uno limitado a identificar las normas de contratación general, que como ya mencionamos, son las que rigen la contratación administrativa en Puerto Rico. Específicamente, en *Plan Bienestar Salud v. Alcalde Cabo Rojo*, el Tribunal Supremo de Puerto Rico resolvió que en Puerto Rico los contratos administrativos están gobernados por la teoría general de contratos generales²⁷.

El Código Civil de Puerto Rico no contiene una definición de contrato, más bien, se limita a informarnos desde cuándo existe uno. Al efecto, dicho precepto dispone que “*el contrato existe desde que una o varias personas consienten a obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o brindar un servicio*” (artículo 1206 del Código Civil). A pesar de que este precepto no contiene una definición parece referirse al contrato como generador de obligaciones, por lo que el mismo debe leerse en relación con el artículo 1042, el cual se refiere al contenido de toda obligación, que puede referirse a un dar, un hacer o simplemente un no hacer, alguna cosa (Vélez Torres: 6).

²⁷ 114 D.P.R. 697 (1983).

El Artículo 1213 del Código Civil de Puerto Rico establece los elementos esenciales para la validez de un contrato, a saber: consentimiento, objeto y causa. De esta forma, Puig Brutau señala que el Código Civil de Puerto Rico no establece como elemento esencial para la validez de un contrato requisitos de forma. Ahora bien, existen circunstancias en que por ley se exige que el contrato se formalice por escrito. Ese es el caso, por ejemplo, de las capitulaciones matrimoniales y de los contratos celebrados con el Estado. En algunos casos, incluso, se requiere elevarse a escritura pública.

Son contratos nominados los que en el Código Civil o en alguna ley especial, reciben reglamentación especial. Los contratos nominados por el Código Civil son los siguientes: el contrato de donación, la compraventa, el ganancial, el arrendamiento, la permuta, la sociedad, el mandato, el mutuo o préstamo, el depósito, la fianza, y la prenda. En cambio son innominados aquellos contratos que no tienen nombre asignado en el Código Civil, ni en ninguna ley especial (Vélez Torres: 11). En este sentido se puede decir que los contratos APP en Puerto Rico son contratos nominados por una ley especial ya que la Ley de Alianzas Público Privadas de Puerto Rico, la cual discutiremos más adelante, dispone en su exposición de motivos que la política pública de Puerto Rico es “*establecer alianzas público-privadas mediante contrato*”.

En lo concerniente a la contratación del Estado, debemos tomar en consideración el artículo 1207 del Código Civil de Puerto Rico, que requiere que los contratos no sean contrarios al orden público. Por tanto, en la contratación del Estado la sana y recta administración de los fondos del erario está revestida del más alto interés público y todo organismo gubernamental está obligado a observar el principio consagrado en la Constitución que dispone “*sólo se dispondrá de las propiedades y fondos públicos para fines públicos y para el sostenimiento y*

funcionamiento de las instituciones del Estado, y en todo caso por autoridad de ley”²⁸.

La intervención del Estado en ciertas actividades afectadas por el interés público, ha ocasionado una quiebra del principio de la autonomía de la voluntad. Así pues, el Estado, con el fin de proteger al público en general ha decidido intervenir para reglamentar ciertas relaciones de Derecho privado en que los modernos usos han hecho prácticamente inexistente la libertad e igualdad de las partes. Así observamos disposiciones prohibitivas en el propio Código Civil y en leyes especiales que ordenan el uso de determinado lenguaje en ciertos contratos, este tipo de contrato se clasifica como *normado* (Vélez Torres: 8)²⁹.

Los contratos otorgados a base de *condiciones generales* son lo que comúnmente utilizan las dependencias públicas de Puerto Rico y Estados Unidos. Este tipo de contrato se utiliza sobre todo en el sector de la construcción y consiste en dos partes: una, en que se identifican las partes contratantes, la obra, el sitio de la misma, el precio convenido, etc.; otra que contiene las condiciones generales que deben regir la conducta de las partes. Estos contratos, toda vez que han sido redactados, generalmente por el dueño de la obra, o exigidos por este, pueden considerarse contratos de adhesión (Vélez Torres: 8).

En el ordenamiento jurídico puertorriqueño, en materia de contratos, se le brinda gran libertad de acción a las partes que deseen obligarse, reconociéndose así la autonomía de la voluntad de los contratantes. Este principio permite que las

²⁸ Sección 9 del Artículo VI, de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, 1 L.P.R.A. Art. VI, Sec. 9.

²⁹ También existen los llamados contratos colectivos o contrato de tarifa en los cuales los patronos de empresas públicas o privada y sus respectivas uniones acuerdan términos laborales a través de la negociación colectiva (Vélez Torres: 10).

partes contratantes establezcan los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes siempre que no sean contrarias a las leyes, la moral y el orden público. Artículo 1207 del Código Civil de Puerto Rico.

Es por ello, que los tribunales de justicia no pueden relevar a una parte de cumplir con lo que se obligó a hacer mediante contrato legal y válido, salvo en los casos o circunstancias que tal medida sea procedente conforme a la ley y la jurisprudencia. Todos estas normas del derecho de obligaciones y contratos se apuntalan en el principio de *pacta sunt servanda* que proclama la ineludible exigencia de cumplir con lo pactado³⁰.

La Ley de Contabilidad del Gobierno de Puerto Rico ³¹ (“*Ley de Contabilidad*”), establece la política del Estado Libre Asociado de Puerto Rico en materia de control, contabilidad de los fondos y la propiedad pública. Dicho estatuto establece las pautas para mejorar efectivamente la contabilidad del País tomando en consideración las necesidades y responsabilidades de la rama judicial, legislativa y ejecutiva. Las operaciones de cada entidad gubernamental o corporativa deben estar enmarcadas en unas normas de legalidad, corrección, exactitud y necesidad, por lo que los gastos del gobierno deben ser útiles y austeros. Así pues, para poder realizar un desembolso de fondos públicos es necesario demostrar que los mismos están autorizados por ley (artículo 9(a) Ley de Contabilidad)³².

En cuanto a los contratos otorgados por el Estado, el Artículo 1 de la Ley Núm. 18 de 30 de octubre de 1975, mejor conocida como Ley de Registro de

³⁰ *Cervecería Corona v. Commonwealth Ins. Co.*, 115 D.P.R 354, 351 (1984).

³¹ 3 L.P.R.A. § 283 *et seq.*

³² 3 L.P.R.A. § 283h

Contratos en la Oficina del Contralor de Puerto Rico³³, establece que los departamentos, agencias, instrumentalidades, oficinas y todo otro organismo y los municipios del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, sin excepción alguna, mantendrán un registro de todos los contratos que otorguen, incluyendo enmiendas a los mismos, y deberán remitir copia de éstos a la Oficina del Contralor dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha del otorgamiento del contrato o la enmienda.

La antes citada legislación, fue objeto de interpretación por el Tribunal Supremo de Puerto Rico en *Ocasio Carrasquillo v. Rosa Berríos*³⁴, en el cual se expresó que el requisito de notificación antes mencionado refleja el interés legislativo de evitar pagos y reclamaciones fraudulentas o ilegales, al crear un mecanismo de cotejo para perpetuar circunstancial y cronológicamente dichos contratos, y requiere que: (1) se reduzcan a escrito; (2) se mantenga un registro fiel con miras a de manera *prima facie* establecer su existencia; (3) se remita copia a la oficina del Contralor como medio de una doble constancia de su otorgamiento, términos y existencia y (4) se acredite la certeza de tiempo, esto es, haber sido realizado y otorgado quince (15) días antes.

A. Adjudicación de contratos del sector público

En cuanto a la adjudicación de los contratos del sector público, en Puerto Rico se recurre al mecanismo de pública subasta. La subasta es un procedimiento que está revestido del más alto interés público. La buena y sana administración de un gobierno implica llevar a cabo sus funciones como un comprador con eficiencia,

³³ 2 L.P.R.A. § 97

³⁴ 121 D.P.R. 37, 53-54 (1988)

honestidad y corrección para proteger los intereses y dineros del pueblo al cual dicho gobierno representa³⁵.

El objetivo fundamental de las subasta es, precisamente, proteger el erario público mediante la construcción de obras públicas y la adquisición de servicios de calidad para el Gobierno al mejor precio posible. Para ello, es necesario que se fomente la competencia libre y transparente entre el mayor número de licitadores posible de manera que el Estado consiga que se realice la obra al precio más bajo posible³⁶. El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha expresado que el esquema de subasta evita la corrupción gubernamental y protege al erario garantizando la contratación de servicios al postor más bajo³⁷.

La Sección 3.19 de Ley de Procedimiento Administrativo Uniforme (“LPAU”), establece que los procedimientos de subasta serán informales y que su reglamentación y términos serán establecidos por las agencias³⁸. Queda pues, a la discreción de cada agencia, como entidad con el conocimiento especializado, aprobar un reglamento que establezca el procedimiento y las guías a seguir en sus propias subastas³⁹.

En el caso de los municipios, los procesos están regidos por la Ley de Municipios Autónomos⁴⁰, el Reglamento Núm. 7539, Reglamento para la Administración Municipal de la Oficina de Comisionado de Asuntos Municipales

³⁵ *Oliveras, Inc. v. Universal Ins. Co.*, 141 D.P.R. 900 (1996); *Torres Prods v. Junta Mun. Aguadilla*, 169 D.P.R. 886 (2007); *Empresas Toledo, Inc. v. Junta de Revisión*, 168 D.P.R. 771 (2006); *A.E.E. v. Maxón*, 163 D.P.R. 434 (2004); *RBR Const., S.E. v. A.C.*, 149 D.P.R. 836 (1999).

³⁶ *Cancel v. Municipio de San Juan*, 101 D.P.R. 296 (1973)

³⁷ *Empresas Toledo, Inc. v. Junta de Revisión*, supra; *Oliveras, Inc. v. Universal Ins. Co.*, supra.

³⁸ 3 L.P.R.A. § 2169.

³⁹ *L.P.C. & D. Inc. v. A.C.*, 149 D.P.R. 869 (1999).

⁴⁰ 21 L.P.R.A. § 4501 *et seq.*

del 16 de agosto de 2008, y por el Reglamento de Subasta que haya promulgado cada municipio en particular.

La Ley de Municipios Autónomos requiere la celebración de subasta para, entre otras, transacciones de compra de materiales, equipo, comestibles, medicinas y otros suministros, que excedan de cuarenta mil (\$40,000.00) dólares. Se requiere, además, que el municipio mantenga una junta de subastas para adjudicar las mismas. Dicha Ley establece que cuando se trata de compras, construcción o suministros de servicios, la subasta se adjudicará al postor razonable más bajo. Igualmente, autoriza a la Junta a adjudicar a un postor que no necesariamente sea el más bajo, si con ello se beneficia el interés público. En estos casos, sin embargo, se requiere que hagan constar *“por escrito las razones aludidas como beneficiosas al interés público que justifican tal adjudicación”*⁴¹.

La Ley de Municipios Autónomos establece, además, que *“[l]a Junta hará las adjudicaciones tomando en consideración que las propuestas sean conforme a las especificaciones, los términos de entrega, la habilidad del postor para realizar y cumplir con el contrato, la responsabilidad económica del licitador, su reputación e integridad comercial, la calidad del equipo, producto o servicio y cualesquiera otras condiciones que se hayan incluido en el pliego de subasta”*⁴².

El Artículo 1 de la Ley Núm. 458 de 29 de diciembre de 2000, dispone que ningún jefe de agencia o instrumentalidad del Gobierno, corporación pública, municipio, la Rama Legislativa o la Rama Judicial, adjudicará subasta o contrato alguno para la realización de servicios o la venta o entrega de bienes a persona natural o jurídica que haya sido convicta o se haya declarado culpable en el foro estatal o federal, en cualquier otra jurisdicción de los Estados Unidos de América o

⁴¹ 21 L.P.R.A. §§ 4501-4506.

⁴² 21 L.P.R.A. § 4506.

en cualquier otro país, de ciertos delitos constitutivos de fraude, malversación o apropiación ilegal de fondos públicos⁴³.

La Ley Núm. 428 del año 2004, enmendó la Ley Núm. 458 antes discutida con el fin de requerir que para participar de la adjudicación de una subasta o del otorgamiento de un contrato con cualquier agencia o instrumentalidad gubernamental, corporación pública o municipio se someterá una declaración jurada ante notario público donde el participante informará si ha sido convicto de alguno de los delitos enumerados en el estatuto incluyendo, pero no limitado a, delitos de extorsión, fraude y apropiación ilegal.⁴⁴ Así pues, cualquier entidad convicta de los delitos antes enumerados está imposibilitada de participar como licitadora de subastas gubernamentales⁴⁵. Con respecto a las personas jurídicas, la prohibición en cuestión se extiende a todo aquel que se considerado un *alter ego* de dicha entidad.

2. TRASFONDO HISTÓRICO DE LAS CPP EN PUERTO RICO

En la década de los años sesenta, ante la apremiante necesidad de estacionamiento en el Viejo San Juan, Felisa Rincón de Gautier, Alcaldesa del Municipio de San Juan (“*Alcaldesa*”), realizó gestiones conducentes a resolver dicho problema. Mediante ordenanza número 166 del 22 de mayo de 1961, según enmendada por la ordenanza número 26 del 24 de septiembre de 1963, la Asamblea Municipal de San Juan autorizó una “*subasta de carácter especial*

⁴³ 3 L.P.R.A. § 928. *Casco Sales Company, Inc. v. Gobierno Municipal de Barranquitas*, 2007 T.S.P.R. 228.

⁴⁴ Específicamente, el estatuto identifica los siguientes delitos: apropiación ilegal agravada, en todas sus modalidades; extorsión; fraude en las construcciones; fraude en la ejecución de obras de construcción y en la entrega de cosas; intervención indebida en los procesos de contratación de subasta o en las operaciones del gobierno; soborno, en todas sus modalidades; influencia indebida; delitos contra fondos públicos; preparación y/o presentación de escritos falsos; falsificación de documentos y posesión y traspaso de documentos falsificados.

⁴⁵ *Marina Costa Azul v. Comisión de Seguridad*, 170 D.P.R. 847 (2007).

mediante la cual los licitadores se comprometerán a construir en dicho solar un edificio de estacionamiento y a cumplir con determinadas condiciones”.

Así pues, el día 3 de enero de 1964, la Alcaldesa suscribió un contrato de concesión con Farnsmo, Inc. corporación organizada bajo las leyes del Estado de Delaware y cuya oficina principal estaba localizada en Nueva York. En dicho contrato se acordó que Farnsmo, Inc. construiría un edificio de estacionamiento con su capital y operaría el mismo por un término de treinta (30) años, contados a partir de su puesta en operación, luego de los cuales la titularidad del edificio pasaría, libre de cargas y sin ningún costo, al Municipio de San Juan.

El contrato exigió a la empresa privada que los planos y especificaciones del establecimiento obtuviesen la aprobación de la Municipalidad y que el término de construcción no excediese los 270 días calendario. Del mismo modo, se le exigió a la empresa privada que durante el periodo de la operación debía mantener y reparar el edificio a su costo, *“conservando los estándares de eficiencia y apariencia que son mantenidos en los edificios de estacionamiento de primera clase en la ciudad de San Juan.”* El contrato también estableció las tarifas que el sector privado podía facturar al público que utilice el estacionamiento. Igualmente, se acordó que el precio se podría ajustar cada dos (2) años basado en el índice de precios al consumidor que publica el Departamento del Trabajo de Puerto Rico.⁴⁶

Asimismo, se estableció que el Arrendatario suministraba y entregaba al Arrendador una fianza de un millón y medio de dólares (\$1.5 millones) garantizando la completa construcción del edificio de estacionamiento manteniendo dicha fianza en vigor hasta el momento en que la construcción

⁴⁶ Escritura Pública Número Uno (Margarita Landrau, 3 de enero de 1964).

fuese completada y aprobada, tanto por el Arrendador, como por la Junta de Planificación de Puerto Rico y el Departamento de Obras Públicas Municipal.⁴⁷

Concluido el término del contrato original, el Alcalde de San Juan, Héctor L. Acevedo, suscribió el 26 de junio de 1992 un nuevo contrato de concesión con la empresa Meyers Brothers of Puerto Rico, Inc. El nuevo contrato arrienda la propiedad por un término de veinticinco (25) años a cambio de aportación monetaria del sector privado al municipio de San Juan de \$200,000.00 anuales con aumentos de \$25,000.00 cada cinco (5) años. Similar al contrato anterior, el municipio transfiere al sector privado la responsabilidad de operar y mantener la edificación en buen estado. Al mismo tiempo que el municipio retiene la titularidad del inmueble. Al día de hoy, el estacionamiento en cuestión, conocido como el estacionamiento Doña Fela es un ejemplo de un activo de infraestructura que brinda servicio al público sin emisión de deuda⁴⁸.

En Puerto Rico, a través de los años se han establecido diferentes tipo de acuerdos colaborativos entre el sector público y el privado sin que existiese un marco regulatorio que garantizara la uniformidad de los procesos para su establecimiento. Sin embargo, la Ley Núm. 29 de 8 de junio de 2009 mejor conocida como *Ley de Alianzas Público-Privadas* (en adelante “*Ley APP*” o “*Ley Núm. 29*”) estableció el andamiaje jurídico que regiría en Puerto Rico en el proceso de cualificación, evaluación y aprobación de un proyecto gubernamental constituido a través de una Alianza Público-Privada (“APP” o “*Alianza*”). Dicha disposición legal fue el primer estatuto en Puerto Rico en atender directamente la figura en cuestión.

⁴⁷ Informe Positivo Conjunto sobre el Proyecto del Senado 469, Comisión de Desarrollo Económico y Planificación; y de Hacienda, 1ra Sesión Ordinaria, 16ta Asamblea Legislativa, Senado de Puerto Rico, Estado Libre Asociado de Puerto Rico, 4 de mayo de 2009, págs. 6-7.

⁴⁸⁴⁸ Escritura Pública, Número Tres (Wilfredo Siaca Alequín, 26 de junio de 1992).

Antes de entrar a discutir la Ley de Alianzas Público Privadas de Puerto Rico tenemos que mencionar que dicha ley fue precedida por la Ley Núm. 7 del 9 de marzo de 2009, conocida como la Ley Especial Declarando Estado de Emergencia Fiscal y Estableciendo Plan Integral de Estabilización Fiscal para Salvar el Crédito de Puerto Rico (en adelante “Ley 7” o “Ley de Emergencia Fiscal”), la cual declaraba la economía puertorriqueña al borde de una depresión.

En cierta medida se puede establecer una congruencia entre la Ley de Emergencia Fiscal y el “*Nuevo Trato*” del Presidente Franklin D. Roosevelt ya que ambos esquemas se fundamentan en el estado de emergencia fiscal para intervenir en el comercio creando innovadoras herramientas legislativas. El Presidente Roosevelt justificó su plan de reforma en la Gran Depresión de los años treinta mientras que el gobierno de Puerto Rico lo justificó en la crisis económica mundial y en un déficit fiscal de \$3,200 millones de dólares. Una de las medidas que propone la Ley 7 para subsanar la crisis financiera es la creación de la Ley de Alianzas Público Privadas antes mencionada. Ésta declara como política pública del Gobierno de Puerto Rico la promoción y creación de Alianzas Público Privadas entre el sector público y el privado (Cabral Munárriz: 232-233).

3. LEY DE ALIANZAS PÚBLICO-PRIVADAS DE PUERTO RICO

A. Política Pública

La Ley APP declara como política pública del Gobierno de Puerto Rico favorecer y promover el establecimiento de Alianzas Público Privadas para la creación de Proyectos Prioritarios y, entre otras cosas, fomentar el desarrollo y mantenimiento de instalaciones de infraestructura, compartir entre el Estado y el Contratante el riesgo que representa el desarrollo, operación o mantenimiento de dichos Proyectos, mejorar los servicios prestados y las funciones del Gobierno,

fomentar la creación de empleos, promover el desarrollo socioeconómico y la competitividad del País (artículo 3 de la Ley APP).

Más allá del estatuto antes mencionado, la realidad es que no existe casuística interpretativa de dichos contratos que nos permitan profundizar en este análisis, tal vez por la relativa cercanía de su aprobación. Así las cosas, en este apartado nos limitaremos a discutir en detalle los requisitos que establece la ley para los contratos APP en Puerto Rico ya que como expresamos anteriormente ésta es la única fuente normativa que guía el establecimiento de los acuerdos colaborativos en cuestión.

La Exposición de Motivos de la Ley APP dispone que uno de los principales renglones afectados por la crisis económica que enfrenta Puerto Rico lo es la reducción en la inversión para el desarrollo de la infraestructura. En los últimos años, ni el Gobierno de Puerto Rico, ni las corporaciones públicas han logrado los recursos necesarios para financiar el desarrollo de nueva infraestructura y brindar el mantenimiento adecuado a la infraestructura existente. Es esencial para nuestro desarrollo social y económico, y para poder competir a nivel mundial, desarrollar y mantener un sistema eficiente de infraestructura.

El Gobierno de Puerto Rico reconoce que, ante la situación fiscal precaria del Gobierno Central y de las corporaciones públicas, las alternativas tradicionales de desarrollo, construcción y mantenimiento de infraestructura no son viables. Por ende, es necesario identificar medidas innovadoras y vehículos no tradicionales que viabilicen y promuevan el desarrollo económico, provean al Pueblo los servicios públicos requeridos y permitan que el Gobierno establezca sus finanzas. Un mecanismo eficiente para reforzar y contribuir a nuestra economía es la formación de alianzas por parte del Estado con el sector privado,

cooperativas, corporaciones de trabajadores y organizaciones sin fines de lucro. Estas Alianzas Público Privadas han prosperado en muchos países, aliviando al sector público de parte de la inversión que requiere la prestación de bienes y servicios. Una Alianza Público Privada es una entidad que une recursos y esfuerzos del sector público con recursos del sector privado, mediante una inversión conjunta que resulta beneficiosa para ambas partes. Tales Alianzas se instan con el propósito de proveer un servicio a los ciudadanos y ciudadanas, así como para construir u operar una instalación o proyecto de alta prioridad para el Estado, ya sea por su urgencia, necesidad o conveniencia para la ciudadanía. Esa Alianza debe estar revestida de un alto interés público, de manera que el Estado no renuncia a su responsabilidad de proteger dicho interés, ni a los derechos de recibir un servicio eficiente, ni a la titularidad de los activos públicos incluidos en el Contrato de Alianza (Exposición de Motivos de la Ley APP).

El artículo 2 de la Ley APP define una Alianza Público-Privada o una alianza como cualquier acuerdo, incluyendo un acuerdo para llevar a cabo un Proyecto de Menor Escala, entre una Entidad Gubernamental y una o más personas, sujeto a la política pública establecida en esta Ley, cuyos términos están provistos en un Contrato de Alianza, para la delegación de las operaciones, funciones, servicios o responsabilidades de cualquier Entidad Gubernamental, así como para el diseño, desarrollo, financiamiento, mantenimiento u operación de una o más instalaciones, o cualquier combinación de las anteriores.

El contrato de alianza, según se denomina en la Ley APP al acuerdo colaborativo entre el sector público y el privado, consiste de un contrato otorgado entre el proponente seleccionado y la entidad gubernamental participante para establecer una Alianza, el cual puede incluir, pero no se limitará a, la delegación de una función, la administración o prestación de uno o más servicios, o el diseño, construcción, financiamiento, mantenimiento u operación de una o más

Instalaciones, que sean o estén estrechamente relacionados con los proyectos prioritarios. Las obligaciones que generen estos contratos serán vinculantes siempre que no sean contrarias a la ley, la moral, ni al orden público. Un contrato de alianza puede ser, sin que se entienda como una limitación, cualquier modalidad de los siguientes tipos de contratos (artículo 2 de la Ley APP):

- diseño/construcción (*design/build*);
- diseño/construcción/operación (*design/ build/ operate*);
- diseño/construcción/financiamiento/operación
design/build/finance/operate);
- diseño/construcción/transferencia/operación
(design/build/transfer/operate);
- diseño/construcción/operación/transferencia
(design/build/operate/transfer);
- contrato de llave en mano o *Turnkey*;
- contrato de arrendamiento a largo plazo;
- contrato de derecho de superficie;
- contrato de concesión administrativa;
- contrato de empresa común o *joint venture*;
- contrato de administración y operación a largo plazo, y
- cualquier otro tipo de contrato que separe o combine las fases de diseño, construcción, financiamiento, operación o mantenimiento de los proyectos prioritarios

En Puerto Rico la ley delimita los proyectos que pueden ser objeto de convertirse en Contratos de Alianza de la siguiente manera (artículo 3 de la Ley APP):

- El desarrollo, construcción u operación de sistemas de relleno sanitarios, incluyendo actividades de recuperación de metano, así como instalaciones para el manejo y disposición de desperdicios sólidos no peligrosos y peligrosos, tales como: plantas de reciclaje, de composta y de conversión de desperdicios a energía;
- La construcción, operación o mantenimiento de embalses y represas, incluyendo toda infraestructura necesaria para su producción, tratamiento funcionamiento y distribución de agua y de la infraestructura para la producción de energía hidroeléctrica; y de plantas de tratamiento de aguas usadas y potables;
- La construcción, operación o mantenimiento de plantas para la producción de energía existentes o nuevas que utilicen combustibles alternos al petróleo o que utilicen fuentes renovables, tales como la energía eólica, solar y océano termal, entre otras, al igual que la transmisión de energía de cualquier tipo;
- La construcción, operación o mantenimiento de sistemas de transporte de cualquier tipo, red vial o infraestructura relacionada, incluyendo marítimo y aérea;

- La construcción, operación o mantenimiento de instalaciones educativas, de salud, seguridad, corrección y rehabilitación. En el caso de operación de instalaciones educativas, se podrá establecer una Alianza Público Privada, si dicho Contrato es exclusivamente con una Cooperativa de Trabajadores, una Corporación Especial Propiedad de Trabajadores o una Entidad sin fines de lucro;
- La construcción, operación o mantenimiento de proyectos de vivienda de interés social;
- La construcción, operación o mantenimiento de instalaciones deportivas, recreativas, turísticas y de esparcimiento cultural;
- La construcción, operación o mantenimiento de redes de comunicación alámbrica o inalámbricas para infraestructura de comunicación de cualquier tipo;
- El diseño, construcción, operación o mantenimiento de sistemas de alta tecnología, de informática y mecanización;
- La construcción, operación o mantenimiento de cualquier otro tipo de actividad o instalación o servicio que de tiempo en tiempo sea identificada como proyecto prioritario mediante legislación.

Un proyecto prioritario está definido en el estatuto como aquella iniciativa elaborada por el gobierno, revestida de preeminencia que tiene como fin la realización y ejecución de una obra de alto interés público. Por su parte, el interés público se define en la Ley APP como toda actuación gubernamental dirigida a

proteger y beneficiar a la ciudadanía en general, a través de la provisión de bienes y servicios esenciales para el bienestar de la población (artículo 2 de la Ley APP) (Cabral Munárriz: 232-233).

B. La Autoridad para las APP y los Comités de Alianzas

La Ley APP crea la Autoridad para las Alianzas Público Privadas (*“en adelante “la Autoridad”*), una corporación pública del Estado Libre Asociado de Puerto Rico adscrita al Banco Gubernamental de Fomento. La Junta de Directores de la Autoridad estará compuesta por cinco (5) integrantes, a saber, el Presidente del Banco Gubernamental de Fomento, el Secretario del Departamento de Hacienda, el Presidente de la Junta de Planificación y dos (2) personas en representación del interés público. Para seleccionar a los representantes del interés público, cada Presidente o Presidenta de los Cuerpos Legislativos someterá un candidato al Gobernador y el Gobernador dentro de su plena discreción, evaluará la recomendación hecha por éstos y escogerá los dos candidatos a representar el interés público. No obstante, hasta que se hayan seleccionado todos los miembros que componen la Junta, ésta no se entenderá constituida ni podrá tomar acuerdos. Los representantes del interés público ejercerán su cargo por el término de cuatro (4) años. El Presidente del Banco, el Secretario del Departamento de Hacienda y el Presidente de la Junta de Planificación ejercerán su cargo por el término que dure su nombramiento (artículo 5 de la Ley APP).

Dentro de la Autoridad se estableció una subdivisión especial encargada de los Proyectos de Menor Escala. Dicha subdivisión, será responsable de promover este tipo de proyecto, cuyo costo, incluyendo una partida razonable para posibles cambios de orden en la ejecución, no será mayor de cincuenta y cinco millones de dólares (\$55,000,000.00). Además, establecerá iniciativas que faciliten la participación de los proponentes en tal proceso, fomentando la

utilización de capital y el crecimiento de las empresas locales en nuevas áreas de actividad. Con esta iniciativa, impulsamos el fortalecimiento de las pequeñas y medianas empresas (PyMEs) a través de otras oportunidades de negocio dirigidas a incentivar el desarrollo empresarial con énfasis en la creación de empleos (artículo 2(t) (x) de la Ley APP).

La Autoridad no tendrá facultad para transferir la titularidad de bienes públicos a personas o entidades privadas. Cualquier instalación desarrollada por un Contratante cuya titularidad o posesión permanezca en su poder durante el periodo del contrato, será transferida a la Entidad Gubernamental no más tarde del final del término de dicho contrato o a su resolución o rescisión. Un contrato APP deberá cumplir con todos los requisitos aplicables de consultas de ubicación, permisos y endosos, según establecidos en las leyes de Puerto Rico. Para asegurar la expedita y pronta atención de estos requisitos, para cada contrato APP, el Gobernador o la persona en quién éste delegue establecerá un comité inter-agencial compuesto por todas las Entidades Gubernamentales con jurisdicción para evaluar consultas de ubicación, emitir permisos y endosos relacionados a la Alianza. Este Comité cesará sus funciones una vez se hayan atendido todas las consultas de ubicación, permisos y endosos necesarios para llevar a cabo el contrato (artículo 6 de la Ley APP).

La Autoridad creará un Comité de Alianzas para cada Alianza que haya determinado es apropiada, excepto que para atender los Proyectos de Menor Escala para los cuales se nombrará un Comité distinto. El Comité de Alianzas estará integrado por (i) el Presidente del Banco Gubernamental de Fomento o su delegado, (ii) el funcionario de la entidad gubernamental participante con inherencia directa en el proyecto o su delegado, (iii) un integrante de la Junta de Directores de la entidad gubernamental participante o en el caso de entidades gubernamentales sin Junta de Directores o Directoras, el Secretario del Departamento al cual está adscrita dicha entidad gubernamental participante o su delegado o algún funcionario o funcionaria

de ésta con conocimiento especializado en el tipo de proyecto de la Alianza seleccionado por la Junta de la Autoridad, y (iv) dos funcionarios de cualquier Entidad Gubernamental escogidos por la Junta de Directores de la Autoridad por sus conocimientos y experiencias en el tipo de proyecto objeto de la Alianza contemplada. La totalidad de los miembros del Comité de Alianzas constituirán quórum para todos los fines y las decisiones del Comité se tomarán por mayoría extraordinaria de sus miembros (artículo 8 de la Ley APP).

Para atender todos los Proyectos de Menor Escala, se nombrará un Comité Permanente de Proyectos de Menor Escala que determinará los proyectos prioritarios para los cuales sea recomendable el establecimiento de una Alianza. El Comité estará compuesto por cinco (5) integrantes, a saber, el Secretario del Departamento de Desarrollo Económico o su delegado(a), el Secretario del Departamento de Transportación y Obras Públicas o su delegado(a), el Director Ejecutivo de la Autoridad para el Financiamiento de la Infraestructura o su delegado(a), el Comisionado de Asuntos Municipales o su delegado(a) y el principal ejecutivo de la entidad gubernamental participante con injerencia directa en dicho proyecto o su delegado o delegada. Los miembros de este Comité Permanente de Alianzas de Menor Escala constituirán quórum por mayoría simple para todos los fines, incluyendo la toma de decisiones (artículo 8 de la Ley APP).

C. Estudio de Deseabilidad y Conveniencia

Toda Entidad Gubernamental, que someta a la Autoridad en un término no mayor de noventa (90) días contados desde el comienzo de todo año natural, toda propuesta de proyecto de Alianza. De ser posible, la Autoridad publicará estas propuestas de proyectos de Alianza incluyendo aquellos que se acojan como tales para los Proyectos de Menor Escala, en su portal de la Internet y en un periódico de circulación general. La Autoridad estará obligada a realizar estudios de deseabilidad y conveniencia a fin de comenzar procesos para el

establecimiento de Alianzas sobre alguna o todas las propuestas recibidas mediante este mecanismo (artículo 7 de la Ley APP).

Antes de comenzar los procesos para entrar en una Alianza, la Autoridad, con la asistencia del Banco, realizará un estudio de deseabilidad y conveniencia para determinar si es recomendable establecer dicha Alianza. El alcance del estudio dependerá del tipo de proyecto, Función, Servicio o Instalación que se contemple para participar de una Alianza. La Autoridad considerará, y en la medida en que sea aplicable, incluirá, como parte de cada estudio de deseabilidad y conveniencia los siguientes puntos (artículo 7 de la Ley APP):

- Definición de las características esenciales de la Función, Instalación o el Servicio;
- Historial, proyecciones o ambos, sobre la demanda de uso, la incidencia económica y social de la Función, Instalación o el Servicio en su área de influencia, y la rentabilidad de la Alianza;
- En el caso de un proyecto nuevo, su viabilidad técnica y funcional y valoración de los datos e informes existentes que hagan referencia a la planificación territorial o urbanística;
- Viabilidad social, incluyendo un análisis que contenga el costo/beneficio al Estado y el impacto social del proyecto propuesto;
- Justificación de la modalidad de Alianza que se anticipa usar, para la realización de proyectos prioritarios, según establecidos en el Artículo 3 de la presente Ley, indicando los beneficios principales de la modalidad elegida;

- Riesgos operativos y tecnológicos en la prestación del Servicio o la Función o la construcción y utilización de la Instalación;
- Costo de la inversión a realizar y viabilidad económica y financiera del proyecto u operación;
- Evaluación del costo/beneficio y conveniencia de utilizar financiamiento público o privado para prestar el Servicio, llevar a cabo la Función o desarrollar o construir la Instalación con la justificación, de la procedencia de esta inversión o financiamiento, tomando en cuenta la posible pérdida de elegibilidad para recibir fondos federales para el proyecto;
- Preparación preliminar de algún análisis o identificación de los efectos ambientales del proyecto u operación que deberán considerar los Proponentes al analizar su riesgo en presentar sus propuestas y participar de una Alianza. Este estudio no equivale a una declaración de impacto ambiental ni se requiere en esta etapa la preparación de algún documento en particular requerido bajo la Ley de Política Pública Ambiental de Puerto Rico, Ley Núm. 416 de 22 de septiembre de 2004, según enmendada. No obstante, si la Autoridad así lo estima pertinente, podrá realizar aquellos estudios adicionales que estime convenientes y factibles para completar, en esta etapa inicial de estudio, la deseabilidad de establecer una Alianza; y
- Un análisis comparativo del costo/beneficio que representa dejar que la Entidad Gubernamental asuma la responsabilidad de realizar o continuar la operación o llevar a cabo la construcción,

reparación o mejora en comparación con canalizar la operación, construcción, reparación o mejora a través de una Alianza, incluyendo el efecto en las finanzas públicas.

- Viabilidad de que empresas de capital local, entidades sin fines de lucro y cooperativas puedan participar en los procesos de formación de la Alianza Público Privada que se desarrolle para la construcción, operación o mantenimiento de la Instalación o Servicio objeto de la Alianza. Dicho estudio deberá identificar áreas con mayor potencial para las entidades locales, medidas que deben tomar las agencias del Gobierno, la función que deben desempeñar las organizaciones del sector no gubernamental en fomentar la competitividad de las entidades que agrupan, y todo aquello que sin menoscabo de las leyes y normas que regulen y garanticen el libre mercado, propicie esta participación.

En el caso de Proyectos de Menor Escala, a discreción del Comité Permanente de Proyectos de Menor Escala y sin que sea necesaria en esta etapa la aprobación de la Junta, la Autoridad podrá acoger el estudio o estudios que la Entidad Gubernamental o el Proponente haya realizado con relación al proyecto, siempre y cuando el alcance y profundidad de dichos estudios cumplan con los requisitos de esta Ley y sean adecuados para permitir que el Comité Permanente de Proyectos de Menor Escala pueda determinar si es recomendable establecer el proyecto como una Alianza. Los estudios de deseabilidad y conveniencia de una posible Alianza, incluyendo aquellos que se acojan como tales para los Proyectos de Menor Escala, se deberán publicar en la página de la Internet de la Autoridad y deberá notificarse su publicación en un periódico de circulación general, con anterioridad a comenzar el proceso de solicitud de propuestas (artículo 7 de la Ley APP).

La Autoridad para las Alianzas ha dado un paso adelante y ha establecido un marco de metodología uniforme para los estudios de deseabilidad y conveniencia. Esto permite llevar a cabo un proceso consistente de análisis a través de todos los proyectos de Alianzas. El marco de análisis integra las mejores prácticas en análisis de proyectos de Alianza y sistemas de licitación. En otras palabras, el marco de análisis integra las metodologías utilizadas mundialmente para el análisis de proyectos mediante el mecanismo de Alianzas o APP. Uno de los ejercicios analíticos centrales que incluyen los estudios de deseabilidad es el Análisis de Valor para el Interés Público (*Value for Money Analysis*).

La metodología antes mencionada está publicada en el portal de Internet de la Autoridad y se titula *Executive Summary of Disability Study: Methodology Guidelines* (en adelante *Guía para Realizar Estudios de Deseabilidad y Conveniencia*)⁴⁹. Cuando analizamos dicha directriz se desprende que la Autoridad tiene que especificar el interés público a ser alcanzado, al igual que las alternativas existentes para alcanzar dicho fin y finalmente determinar cuál de las alternativas ofrece un valor añadido o *value for money*. Diferentes tipos de proyectos requerirán diferentes análisis.

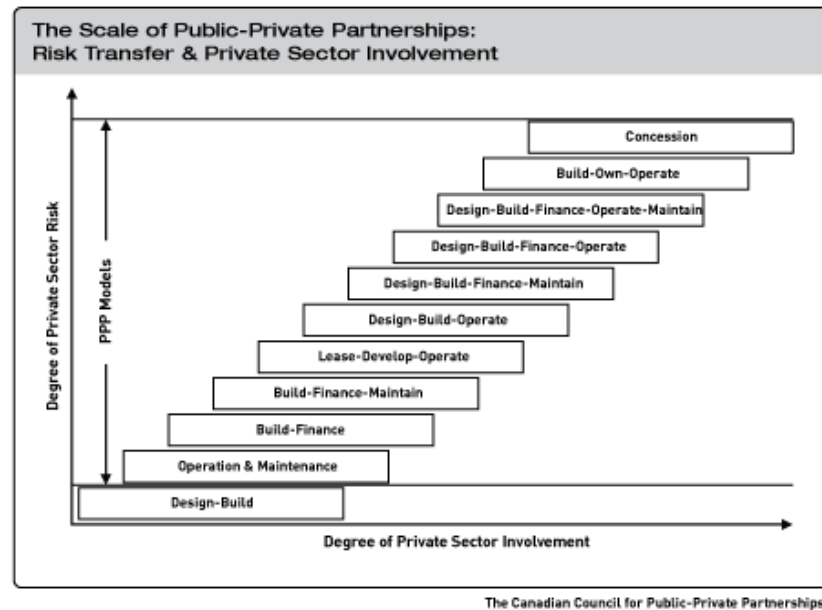
La *Guía para realizar Estudios de Deseabilidad y Conveniencia* establece que le meta en el establecimiento de una APP es lograr la eficiencia en la provisión de servicios públicos, compartir el riesgo del proyecto entre el sector privado y el sector público, al igual que promover la creación de empleos, el desarrollo económico y la competitividad. Se señala además que el traslado de riesgo dependerá del tipo de proyecto objeto del acuerdo colaborativo.

⁴⁹ <http://www.app.gobierno.pr/?p=2022>

Así pues, el estudio de deseabilidad y conveniencia se compone de cuatro etapas. La primera consiste en identificar las necesidades del proyecto y los servicios que el gobierno pretende ofrecer. Esto incluye no tan solo un análisis coste-beneficio sino también una consideración de necesidad, esto es, una determinación de si el proyecto es realmente necesario. Este análisis típicamente será llevado a cabo por la agencia gubernamental que está proponiendo el proyecto sin la intervención de la Autoridad. Una vez concluye esta primera fase del análisis, se debe de tener claro la política pública que motiva el proyecto, el servicio público a satisfacer, y un análisis coste-beneficio del proyecto en comparación con otras fórmulas de contratación. Dicho análisis incluirá consideraciones comerciales, económicas, sociales y medioambientales. (*Guía para Realizar Estudios de Deseabilidad y Conveniencia*).

En la segunda fase del estudio de deseabilidad y conveniencia del proyecto se identifican los riesgos del proyecto y el análisis de las fórmulas colaborativas que podrían ser utilizadas en el proyecto. Las fórmulas colaborativas que identifica la *Guía para Realizar Estudios de Deseabilidad y Conveniencia* se encuentran identificadas en el siguiente Cuadro.

CUADRO 5: Fórmulas colaborativas identificadas en la Guía para Realizar Estudios de Deseabilidad y Conveniencia en Puerto Rico



Así pues, al final de la segunda fase, se debe haber identificado los riesgos del proyecto y delimitado cuáles de éstos serán asumidos por el sector privado y cuáles serán retenidos por el sector público. Además, se deben haber identificado una o varias alternativas para proveer el servicio, por ejemplo, si se utilizara un puente o túnel, etc., al igual que las opciones colaborativas existentes para viabilizar el proyecto, es decir, *DBO*, *DBFO*, entre otras.

En la tercera etapa del proceso, se lleva a cabo un análisis de *Value for Money* y un *Public Sector Comparator* entre las alternativas previamente identificadas. El *PSC* se define en la *Guía para Realizar Estudios de Deseabilidad y Conveniencia* como una estimación hipotética del coste en el caso de que el sector público fuera el proveedor de los servicios mediante el ajuste de los riesgos existentes. Expresado en términos de valor actual, se basa en el método disponible

en el sector público para proveer los requerimientos de servicio especificados, incluidas las eficiencias que pudiera aportar al proceso y teniendo en cuenta todos aquellos riesgos que el tradicional proceso de contratación pudiera conllevar. Al final de la tercera etapa, se debe haber identificado que la APP ofrece igual o mejor servicios a un *lower overall net priced value cost*. Al final de esta etapa, se selecciona la formula colaborativa a utilizarse. Finalmente, la cuarta etapa consiste de un de análisis contable en el cual se identifica el impacto del proyecto en el presupuesto del Estado y se establece además la estructura de pagos a regir durante la vida del contrato.

D. Procedimiento de Selección y Adjudicación

Para seleccionar proponentes para entrar en una Alianza, la Autoridad tendrá que utilizar, en primera instancia, un proceso de solicitud de propuestas basado en las cualificaciones, mejor valor de las propuestas o ambos, y así se hará constar en la solicitud de propuestas. Una vez la Autoridad complete el proceso de cualificación de los proponentes, pasará al de evaluación y selección de propuestas. La Autoridad podrá negociar Contratos de Alianza sin la utilización de procedimientos de solicitud de propuestas en los siguientes casos: (A) cuando exista una sola fuente capaz de proveer el servicio requerido, tales como servicios que requieran el uso de propiedad intelectual, secretos de negocio u otras licencias o derechos cuya titularidad o posesión esté en ciertas personas exclusivamente; y (B) cuando una invitación a cualquier procedimiento de pre cualificación o solicitud de propuestas, haya sido emitida y no haya habido participación o respuesta, o las propuestas presentadas no hayan cumplido sustancialmente con los requisitos de evaluación dispuestos en la solicitud de propuestas, y si a juicio de la Autoridad emitir una nueva solicitud de cualificación y de propuestas resultaría en un retraso tal que haría poco probable

poder seleccionar un proponente y firmar un Contrato de Alianza dentro del tiempo requerido. En el caso de Proyectos de Menor Escala únicamente, la Autoridad además estará autorizada a recibir y considerar propuestas no solicitadas o voluntarias (artículo 9 de la Ley APP).

Entre los criterios de evaluación para llevar a cabo el proceso de selección de proponentes y negociación se encuentran los siguientes (artículo 9 de la Ley APP):

- La reputación, capacidad comercial o financiera, económica, técnica, profesional y la experiencia del Proponente;
- Actualización de la certificación de que, ni él, ni ella, y en el caso de una persona jurídica, sus directores o directoras u oficiales, y en caso de una corporación privada, los accionistas con control directo o sustancial sobre la política corporativa, y en caso de una sociedad, sus socios, ni, en el caso de personas naturales o jurídicas, cualquier otra persona natural o jurídica que sea el áter ego o conducto económico pasivo de la misma, han sido convictos, por actos de corrupción ya sea en Puerto Rico, en cualquier jurisdicción de los Estados Unidos de América o en cualquier país extranjero y bajo el *Foreign Corrupt Practices Act*.
- En los proyectos que tengan un elemento de construcción, ya sea de nueva construcción o mejoras a infraestructura existente, la calidad de la propuesta sometida por el Proponente en cuanto a, entre otros, los aspectos de diseño, ingeniería, y tiempo estimado o garantizado de construcción y la experiencia previa del Proponente en la construcción de proyectos similares;

- El capital que el Proponente haya comprometido al proyecto, y el tiempo de recuperación y requisitos de rendimiento de dicho capital;
- Los planes de financiamiento del Proponente y la capacidad económica de éste para llevarlos a cabo;
- La viabilidad económica y financiera del proyecto, así como el resultado de los estudios ambientales realizados para determinar la viabilidad y conveniencia de la Alianza;
- Los cargos que propone cobrar el Proponente y las condiciones bajo las cuales se ajustarían dichos cargos, el flujo de ingresos netos proyectados, el costo de capital utilizado por el Proponente, la tasa interna de rendimiento del proyecto y su valor presente neto;
- Los ingresos que habrá de recibir la entidad gubernamental participante o las aportaciones económicas o de cualquier otra clase que tendrá que hacer la entidad gubernamental participante bajo el contrato de alianza
- Los términos del contrato con la entidad gubernamental participante que el proponente se compromete a aceptar;
- Los compromisos o la prioridad que el contratante esté dispuesto a establecer para emplear los empleados o empleadas de la entidad gubernamental participante afectados por la Alianza, así como el riesgo que el contratante asumirá; y

- Cualquier otro criterio que a juicio de la Autoridad o el Comité de Alianza sea apropiado o necesario para la adjudicación del contrato de alianza propuesto.

El Comité de Alianzas aprobará la propuesta o las propuestas que, en su discreción, mejor cumplan con los criterios establecidos en la Ley y por la Autoridad (artículo 9 de la Ley APP). Una vez culminada la negociación del Contrato de Alianza el Comité de Alianzas o el Comité Permanente de Proyectos de Menor Escala prepararán un informe sobre todo el proceso conducente al establecimiento de la Alianza, incluyendo copia de los estudios de deseabilidad y conveniencia, una descripción de los objetivos gubernamentales y de bienestar social de la Alianza, detalles del proceso de pre-cualificación de los Proponentes, de solicitud de propuestas, de la selección de la propuesta y del Proponente seleccionado, las razones por las cuales se escogió a un Proponente particular y un resumen de los aspectos más importantes del Contrato de Alianza. Este informe se le presentará, para aprobación, a la Junta de Directores de la entidad gubernamental participante o en su defecto al Secretario del Departamento, a la Junta de Directores de la Autoridad y al Gobernador o el funcionario ejecutivo en quien éste delegue. Además se presentará este informe ante la Secretaría de ambos Cuerpos de la Asamblea Legislativa. De igual manera, dicho informe se publicará en la Internet (artículo 9 de la Ley APP).

Una vez recibido el informe del Comité de Alianzas y el Contrato de Alianza, el Gobernador tendrá treinta (30) días para aprobar o rechazar los mismos por escrito; disponiéndose, que si dicho informe y Contrato de Alianza no se aprueban durante dicho término, los mismos se considerarán rechazados. Del Gobernador aprobar el Contrato de Alianza, éste se entenderá perfeccionado cuando las partes, entiéndase, el Proponente seleccionado y la entidad

gubernamental participante firmen el mismo (artículo 9 de la Ley de APP). Cabe destacar, que los Proyectos de Menor Escala no requerirán el aval final del Gobernador, salvo cuando la aprobación del Gobernador sea requerida por mandato constitucional, y una vez aprobados como proyectos prioritarios solo regresarán a la Junta para la aprobación final (artículo 8 de la Ley APP).

Durante los procesos de evaluación, selección y negociación con los Proponentes, la confidencialidad de la información suministrada y producida relacionada a dicho proceso de evaluación, selección, negociación y adjudicación de las propuestas y el Contrato de Alianza se regirá por los criterios establecidos por la Autoridad. La información sobre el proceso, y aquella sometida por los Proponentes, deberá ser divulgada una vez el Gobernador haya aprobado el Contrato de Alianza, excepto aquella información que constituya (1) secretos de negocios, (2) información propietaria, o (3) información privilegiada o confidencial de los Proponentes que participaron o de la Autoridad. En aquellos casos que se pretenda considerar información como un secreto de negocio o información privilegiada, el Proponente tendrá que identificar y marcar dicha información en su propuesta como “*confidencial*” y presentar junto a la propuesta una solicitud para que el Comité de Alianzas haga una determinación de confidencialidad. Una vez el Comité de Alianzas determine que dicha información cumple los criterios de esta Sección, dicha información se considerará confidencial bajo las disposiciones de la Ley y de aquellas leyes especiales que protegen los secretos de negocios, la información propietaria, privilegiada o confidencial y no podrá ser diseminada a otros Proponentes ni a terceros, excepto que otra cosa se disponga en la Ley y otras leyes especiales aplicables (artículo 9 de la Ley de APP).

La Autoridad impondrá requisitos de fianza, cartas de crédito o colateral similar como requisito previo a la participación en el proceso con el propósito de

asegurar el cumplimiento del Proponente con los requisitos del proceso y la firma del Contrato de Alianza, en caso de ser seleccionado. Todo Proponente que presente una propuesta, para un Contrato de Alianza, asumirá el riesgo de pagar todos los gastos relacionados con el proceso de pre-cualificación de Proponentes, preparación y presentación de sus propuestas y los incurridos durante todo el proceso de discusiones y negociaciones con el Comité de Alianzas, incluyendo la etapa de negociación de algún Contrato de Alianza, y la Autoridad no será responsable por ninguno de esos gastos (artículo 9 de la Ley APP).

E. El Contrato de Alianza

La Ley APP regula los acuerdos mínimos que deben incluirse en el Contrato de Alianza. Específicamente, se le requiere a las partes incluir disposiciones referentes a las obligaciones de financiamiento, repartición de gastos y resolución de disputas, entre otras⁵⁰. El incumplimiento del Contrato de Alianza por el contratante

⁵⁰ El Artículo 10 de la Ley APP dispone el siguiente contenido, en la medida que sea aplicable:

- Definición y descripción de los Servicios a prestarse;
- En el caso de nuevas Instalaciones o reparaciones, reemplazos o mejoras a Instalaciones existentes, el plan de financiamiento, desarrollo, diseño, construcción, reconstrucción, reparación, reemplazo, mejora, mantenimiento, operación o administración de la Instalación;
- El término de la Alianza;
- El tipo de derecho, si alguno, que el Proponente seleccionado o la Entidad Gubernamental Participante o ambos tendrán sobre los ingresos, o porción de éstos, relacionados a la Función, Servicio o Instalación objeto de la Alianza o cualquier propiedad inmueble incluida como parte de la Alianza;
- Los derechos contractuales y mecanismos disponibles a la Entidad Gubernamental Participante para asegurar el cumplimiento por el Proponente seleccionado con las condiciones del Contrato de Alianza;
- En el caso de un Contrato de Alianza donde el Proponente seleccionado fijará, impondrá o cobrará cargos a los ciudadanos o a la Entidad Gubernamental Participante por la prestación de un Servicio o Función, o por el uso de una Instalación, (A) el derecho que tendrá el Proponente seleccionado, si alguno, para determinar, fijar, imponer y cobrar derechos, rentas, tarifas y cualquier otro tipo de cargo por la prestación de dicho Servicio o Función, o por el uso de dicha

Instalación, (B) las limitaciones y condiciones contractuales con las cuales tendrá que cumplir el Proponente para alterar o modificar tales derechos, rentas, tarifas o cargos, y (C) los mecanismos disponibles a la Entidad Gubernamental Participante para asegurar que el Proponente cumpla con dichas limitaciones y condiciones.

- Además, contendrá los mecanismos y procedimientos que utilizará la Entidad Gubernamental Participante para resolver y adjudicar controversias y querellas de los ciudadanos sobre el Servicio, Función o Instalación objeto de la Alianza Público Privada. De igual forma, la Autoridad tendrá la obligación de realizar una auditoría externa sobre el cumplimiento del Contrato de Alianza cada cinco (5) años o antes, cuando estime necesario.
- La obligación de cumplir con las leyes federales y locales aplicables;
- Las causas de terminación del Contrato de Alianza, así como los derechos y remedios disponibles en caso de incumplimiento o tardanza en el cumplimiento con las obligaciones bajo el Contrato de Alianza tanto por la Entidad Gubernamental Participante como por el Proponente seleccionado; disponiéndose, que (A) la Entidad Gubernamental Participante no será responsable por daños imprevisibles, especiales, indirectos o punitivos; y (B) no aplicará a los Contratos de Alianza la autoridad unilateral para dar por terminado un contrato por conveniencia (o por cualquier otra razón) con tan sólo proveer notificación previa de treinta (30) días, sino que aplicarán aquellos términos y condiciones que las partes hayan acordado y hagan constar en el Contrato de Alianza para una terminación por conveniencia o por cualquier otra razón;
- Los procedimientos informales no vinculantes para atender alegaciones entre las partes de incumplimiento o interpretación contractual;
- Los procedimientos y reglas para enmendar o ceder el Contrato de Alianza;
- Los derechos de inspección por la Autoridad y la Entidad Gubernamental Participante o cualquier ingeniero o ingeniera independiente de las partes o de los acreedores y acreedoras del proyecto de la construcción, reparación o de las mejoras a la Instalación, así como del cumplimiento operacional bajo los términos y condiciones acordados en el contrato de Alianza;
- Los requisitos de obtener y mantener todas las pólizas de seguro requeridas por ley y todas aquellas adicionales que a juicio de la Autoridad sean necesarias para el Contrato de Alianza;
- Los requisitos de presentación periódica por el Proponente seleccionado de estados financieros auditados a la Autoridad o a la Entidad Gubernamental Participante o a aquel otro ente que acuerden las partes;
- La presentación por el Proponente seleccionado de cualquier otro informe relacionado a los Servicios, Funciones o Instalaciones objeto de la Alianza que pueda requerir la Entidad Gubernamental Participante o la Autoridad;
- Las circunstancias bajo las cuales se podrá modificar el Contrato de Alianza para mantener el balance económico entre las partes. De igual forma, el Contrato de Alianza contendrá una disposición sobre sanciones por su incumplimiento;
- Los términos y condiciones relacionados a la transferencia del bien o servicio objeto del Contrato de Alianza, una vez finalice dicho Contrato.
- El tipo de garantía o fianza para asegurar el cumplimiento del Contrato;

podría ser causa suficiente para que la Entidad Gubernamental pueda reclamar el daño causado al erario. El término de un Contrato de Alianza otorgado bajo esta Ley será aquel que la Autoridad entienda que cumple con los mejores intereses del Pueblo de Puerto Rico, pero en ningún caso podrá exceder de cincuenta (50) años. No obstante, dichos Contratos de Alianza podrán extenderse, previa evaluación de sus méritos y resultados de eficiencia y efectividad, por términos sucesivos que en el agregado no excedan de veinticinco (25) años adicionales, según determine la Autoridad, la entidad gubernamental participante y el Gobernador o el funcionario ejecutivo en quien éste delegue. Dicha extensión tendrá que ser aprobada mediante legislación (artículo 10 de la Ley APP).

En el caso de una entidad gubernamental participante que durante el año fiscal en el cual otorga un Contrato de Alianza o cualquier año fiscal anterior tenga o haya tenido un déficit operacional, o que se encuentre o se haya encontrado en una situación fiscal que sea o haya sido certificada por el Banco como una situación fiscal precaria, a esta entidad gubernamental participante no le aplicará, y no tendrá validez o efecto, cualquier cláusula contractual laboral que prohíba la transferencia a un Contratante de cualquier Función, Servicio o Instalación de dicha entidad gubernamental participante y dicha cláusula no impedirá que se efectúen dichas transferencias como resultado del establecimiento de una Alianza Público Privada (artículo 10 de la Ley APP).

En el caso que dicha prohibición exista y se deje sin efecto, la Autoridad le exigirá al Contratante que, en el proceso de seleccionar las personas que trabajarán con el Contratante, éste garantice que le dará prioridad a los empleados y empleadas de la entidad gubernamental participante que estarán

- La disposición de que el Contrato se regirá por la Leyes del Estado Libre Asociado.

afectados por el establecimiento de la Alianza y que no serán transferidos a otras posiciones en la entidad gubernamental participante u otras agencias del Gobierno. Las partes implantarán un Plan de Transición de Empleados y Empleadas Desplazados a otras oportunidades de empleo o readiestramiento, cuyo costo será sufragado en partes iguales entre las partes Contratantes (artículo 10 de la Ley APP).

El Contrato de Alianza estará exento de cumplir con la Ley de Contabilidad, la Ley de Monopolios, y la Ley de Procedimiento Administrativo Uniforme. Se les exime también de cumplir con las disposiciones sobre contratación y licitación o subasta (artículo 10 de la Ley APP). A tenor con lo anterior, podemos señalar que en el ordenamiento jurídico puertorriqueño el concepto de APP en uno amplio, similar al concepto *Public-Private Partnerships* de la doctrina anglosajona ya que como discutimos previamente, engloba diversos acuerdos colaborativos como lo son las concesiones y *DBFO*, entre otras. De igual manera se incorporan los principios de la *PFI* como los con el *Value for Money* y el *Public Sector Comparator*. En igual sentido debemos destacar que el establecimiento de una entidad corporativa encargada de velar por los acuerdos colaborativos refleja el grado de prioridad a ser brindado a los acuerdos entre el sector público y el privado.

F. El Caso Particular del Puente Teodoro Moscoso

El puente Teodoro Moscoso sobre la Laguna San José en Puerto Rico (en adelante “*Puente*” o “*Proyecto*”) es un modelo o diseño de cómo el sector privado y el sector público pueden llegar a un acuerdo con el fin de realizar un proyecto de infraestructura. El Puente consistió de 4 vías con acceso limitado que cruza la Laguna San José entre los municipios de San Juan y Carolina. El proyecto incluye facilidades de peaje, carreteras de acceso y un paseo. Este puente tiene una

extensión aproximada de 2.1 millas. El precio total para la construcción del puente se estima en \$98,352,000.00 (Avilés Burgos, 2009).

El modelo concesional utilizado fue el *BTO (Build, Transfer and Operate)*. Como ya hemos discutidos antes, este modelo es comúnmente utilizado para el desarrollo de infraestructura nueva e implica otorgar una franquicia o concesiones a una empresa privada para que construya, opere y mantenga facilidades de puentes, carreteras, autopistas, por un periodo de tiempo previamente acordado. Esta propiedad desde el momento en que finaliza la construcción pasa a ser patrimonio del Estado. Sin embargo, la compañía privada alquila la nueva propiedad pública al Estado, la opera y cobra el peaje por un periodo de tiempo. En el caso del Puente, por un periodo máximo de 35 años. Durante ese tiempo se espera que el desarrollador privado recupere la inversión con un rendimiento adicional previamente acordado. El gobierno, por su parte, recibe beneficios por la disponibilidad de un puente que de otra manera no se hubiese podido construir (Avilés Burgos, 2009).

En la discusión del Proyecto de Ley 1092 del 2 de agosto de 1990, el entonces representante José Varela-Fernández hizo el siguiente señalamiento: *“Por razón de las demandas presentes, por razón de la necesidad de allegarse fondos adicionales para saciar las necesidades que tiene el pueblo puertorriqueño de mejores alternativas de vías de comunicación, se ha considerado, y de aprobarse este proyecto como así anticipamos, implementar un método novel, eficaz, de vías de financiamiento para poder lograr la construcción de vías públicas de gran importancia para el pueblo de Puerto Rico”* (Avilés Burgos, 2009).

La fuente de financiamiento para la creación del Puente provino de una aportación de 10% de Autopistas de Puerto Rico (APR) (concesionario) y el restante 90% de un préstamo que le otorgó la Autoridad de Carreteras y

Transportación (ACT) al concesionario (prestatario) a través de la emisión de bonos. Autopistas de Puerto Rico asumió los riesgos de construcción y explotación y la ACT los riesgos de tráfico durante los primeros diez (10) años de explotación. En caso de no llegar a los niveles de tráfico esperados durante los primeros diez (10) años, el Estado asumiría la deuda por concepto de bonos, tendría que devolver al concesionario la inversión más un 12.5% de retorno sobre su inversión (Avilés Burgos, 2009).

Una cláusula del contrato establece que de lograrse ahorros sustanciales en el costo de construcción del proyecto se disminuiría la inversión original requerida del concesionario, pero esta nunca sería menor de un siete por ciento (7%) del costo total del proyecto.

Según Avilés Burgos (2009), en este proyecto el sector privado asumió los siguientes riesgos:

- Riesgos de construcción: Garantizando un precio máximo del proyecto y a un plazo de tiempo específico para realizarlo. Sin embargo, como mencionamos antes, el hecho de que el Gobierno le garantiza al concesionario su inversión más un 12.5% de retorno sobre su inversión durante los primeros diez años de operación tiene el efecto práctico de que el Estado asumió el riesgo de construcción durante dicho periodo.
- Riesgo de explotación: estos están relacionados con operación, mantenimiento, nivel de inflación y seguros;
- Riesgos de los ingresos de explotación: esto se mide por la cantidad de vehículos que utilicen el puente;

- Riesgos tecnológicos: cambio de tecnología que en un periodo de 35 años puedan afectar las necesidades del puente;
- Riesgos causados por el gobierno: construcción de facilidades competitivas.

Por otro lado, el sector público asumió los siguientes riesgos:

- Riesgo de tráfico durante los primeros diez (10) años de la explotación donde se compromete a comprar la concesión si el volumen de tráfico no cumple con las proyecciones. Se estableció que de no llegar a las proyecciones esperadas de 22,500 vehículos diarios, el ente privado se podía retirar en los próximos cinco (5) años (1999), tal como fue acordado en la cláusula de terminación y habría que devolverle lo que hubiesen invertido al momento, más un rendimiento del 12.5% por la cantidad hasta el momento invertida. En adición, la ACT debería asumir la deuda por emisión de bonos que equivalía a \$126 millones, cuyos pagos anuales ascienden a 8 millones. Sin embargo, con 70% del volumen proyectado se podía cumplir con el pago de la deuda. De resultar exitoso el proyecto, Autopistas de Puerto Rico podría generar un retorno procedente de las ganancias que no podrá ser mayor de 19% del capital aportado por el concesionario. El 60% de las cantidades en exceso del 19% irán a la ACT y 40% a APR. Una vez APR haya alcanzado una tasa interna de retorno de 22%, entonces se distribuyen las ganancias 85% para ACT y 15% para APR.

- Riesgos del terreno: será responsable de subsanar cualquier daño que pueda surgir como resultado de sustancias peligrosas o tóxicas, siempre que no sea por causa y/o negligencia de APR.

Algunas obligaciones adicionales que fueron pactadas son: (1) la ACT antes de la fecha de efectividad del contrato deberá de haber adquirido todos los terrenos y derechos de paso necesarios para la construcción y operación del proyecto a su costo. Deberá además obtener los permisos, aprobaciones, endosos, y autorizaciones requeridas para la construcción y operación del proyecto; (2) la ACT proveerá los recursos necesarios para cumplir con las leyes de tráfico y servicios de seguridad policiaca. El concesionario no será responsable de proveer servicios de asistencia médica, ambulancia ni mecánica (Avilés Burgos, 2009).

Las ganancias en los costos de construcción, si alguna, deberán compartirse por partes iguales entre ambos sectores. El concesionario, a su vez, seleccionaba al contratista. En cuanto al uso de fondos, el concesionario tiene el derecho y se le debe permitir pagar de los ingresos totales, los costos relativos al pago a la deuda, costos operacionales y mantenimiento, costos de renovación y reemplazo que no sean cubiertos por la reserva y recobrar un rendimiento razonable sobre su inversión de capital. Al finalizar el año fiscal, cualquier flujo de efectivo disponible deberá distribuirse, según acordado, en el 50% para cada parte hasta alcanzar el 19% calculado desde la fecha de su contribución.⁵¹

Las tarifas fueron fijadas en el contrato. Sin embargo, la revisión de tarifas se acordó que se podría hacer en los días primeros de cada mes de enero de cada año, aplicando el Índice de Precios del Consumidor publicado por el Departamento del Trabajo. De no publicarse ese, se puede utilizar otro índice con la aprobación de

⁵¹ Id.

la Autoridad de Carreteras. El proyecto tardó cinco (5) años en construirse (Avilés Burgos, 2009). Así pues, se estableció una tarifa de uso mínima al inicio de la operación del Proyecto, implantando además, un marco de referencia para aumentos escalonados a lo largo de la vida de éste (Informe Positivo del Senado: 7-8).

Esta Alianza, generó en aquel entonces mucha controversia sobre los elementos de interés público inherentes al tipo de proyecto de infraestructura, su financiamiento y las cláusulas contractuales establecidas. Adicionalmente, no existía legislación al respecto que estableciera parámetros precisos para dicha iniciativa. Hubo además, preocupación por la participación privada en la función pública de proveer un sistema de transporte a un costo razonable para los usuarios. De igual manera, hubo dudas por las expectativas de éxito del Proyecto (Informe Positivo del Senado).

En un reportaje del periódico *San Juan Star* del 29 de marzo de 1992 titulado *U.S. Builders laud “genius” of P.R. Toll Bridges* el Sr. James Atwell, asistente del Comisionado de Finanzas del Departamento de Transportación de Virginia, asumió una posición sumamente crítica cuando expresó que: “*Si vamos a privatizar, pues privaticemos. Si la forma de levantar capital va a ser de esa forma (emitir bonos), por qué entonces no hacen el puente ellos mismos si el riesgo como quiera lo está asumiendo el Estado*” (Avilés Burgos, 2009).

Ante tales preocupaciones, la Comisión de Desarrollo Socioeconómico de la Cámara de Representantes, inició una investigación en el año 1993, sobre los términos del contrato otorgado a Autopistas de Puerto Rico, para la construcción y operación del Puente la cual concluyó que el concesionario no contaba con la totalidad de la inversión necesaria para el proyecto y fue el Gobierno quien a través del Banco Gubernamental de Fomento quien le aprobó

una emisión de bonos con la garantía del Gobierno. Adicionalmente, el propio Gobierno se comprometió que de no pagar la empresa privada la deuda, el Gobierno asumiría el pago de la misma (Informe Positivo del Senado).

El economista puertorriqueño Elías Gutiérrez señala que si comparamos los costos de financiación privada *vis a vis* la pública podemos destacar que tradicionalmente la ACT obtenía financiación para sus proyectos en el mercado de capital exento de los E.E.U.U. conocido como US Code 102. De partida, es claro que bajo condiciones iguales, *prima facie* el coste asociado a la financiación de un proyecto en el mercado de bonos exentos de los E.E.U.U. es menor que su financiación en el mercado de capital local y con inversión de capital privado. No obstante, con el fin de llegar a una conclusión justa en cuanto a costos y beneficios existen factores adicionales que tenemos que tomar en cuenta. Específicamente, resulta de especial importancia destacar que una participación de capital privado aportado por el concesionario hace que la financiación sea menos del cien (100) por ciento del coste de la construcción. De igual manera, tenemos que tomar en cuenta que mediante el esquema de financiación privada, el gobierno de Puerto Rico logra la construcción y la financiación de un proyecto de carretera de gran envergadura sin afectar significativamente la capacidad crediticia de la ACT. Tampoco se compromete la capacidad del Banco Gubernamental de Fomento de Puerto Rico de manera tal que dicha entidad pueda emitir deuda adicional a favor de otra agencia gubernamental (Gutiérrez: 13).

A lo largo de las negociaciones mantenidas entre ACT y APR para llegar a la firma del contrato de concesión del puente Teodoro Moscoso se consideró la conveniencia de establecer una fórmula por la cual la ACT garantizara los ingresos mínimos por concepto de peaje. A continuación se explican los alcances del mecanismo de garantía que se contempló y que fue descartado al confrontar

objeciones de carácter legal. Luego se discute una alternativa que resultó ser atractiva, ya que obviaba inconsistencias con la Ley de la ACT, según enmendada. Las razones para considerar la garantía de tránsito mínimo fueron las siguientes (Gutiérrez: 13):

Las previsiones de tránsito sobre el puente fueron realizadas por Vollmer Associates, una firma de consultoría de prestigio mundial especializada en temas de tráfico, contratada por la ACT y no por el concesionario potencial. Vollmer ha participado en la mayoría de los proyectos de privatización de autopistas que se están realizando en E.E.U.U. El estimado de tránsito y los recaudos proyectados son requisitos para financiación. Las proyecciones realizadas por Vollmer y firmas análogas son certificadas e incluidas en los estudios de viabilidad que se presentan como documentos financieros requeridos para la venta de los bonos que financian instalaciones de tránsito. Para la financiación de estos proyectos los estimados de tránsito son fundamentales para lograr una recepción favorable de los bonos en el mercado, pues los instrumentos están respaldados por ingresos a ser generados por el tránsito previsto, a la tarifa de peaje establecida. Dicho estudio, contemplaba que el tráfico se situaría a niveles de 22,000 vehículos por día desde el comienzo de su explotación, superando los 25,000 vehículos por día para el octavo año.

Sin embargo, al estudiar la viabilidad del proyecto, APR había basado sus proyecciones financieras en un volumen de 25,000 vehículos diarios como el mínimo aceptable que permitiría generar ingresos suficientes para la operación y mantenimiento, pagar la deuda, generar un exceso de cobertura sobre el servicio de la deuda que satisficiera a los bancos que consideraron otorgar una carta de crédito, recuperar el capital invertido y producir un rendimiento razonable de su inversión.

Ante la diferencia entre los estimados de tránsito y como resultado de las razones previamente señaladas, la ACT consideró anticipar a Autopistas de Puerto

Rico el complemento de tránsito hasta un ingreso equivalente al que hubiese producido un promedio de 25,000 vehículos por día. Se estudió para ello un mecanismo de garantía de tráfico. Dicho mecanismo garantizaría a la APR un tráfico diario de 25,000 vehículos y por tanto, la ACT pagaría la diferencia. Vollmer Associates produjo proyecciones que permitieron estimar que el riesgo que la garantía de tránsito implicaba para la ACT hubiese alcanzado, en el peor de los casos, una suma de entre 4 a 5 millones de dólares. En el contexto de la inversión requerida, este riesgo era relativamente pequeño.

Sin embargo, el agente fiscal de la ACT, el Banco Gubernamental de Fomento, expresó dudas en cuanto al poder de la ACT, según su ley orgánica, para otorgar la garantía de tránsito en proyectos de privatización. Se planteó además, que la garantía constituía una obligación contingente para la ACT. Se estudiaron entonces un número de alternativas que fuesen consistentes con la ley orgánica de la ACT. Posteriormente, se concluyó que el lenguaje de la Ley no era lo suficientemente claro en sus disposiciones para que la ACT contribuyera más allá de la adquisición de los derechos de vía y el desarrollo de los planos preliminares.

Finalmente, se optó por que la ACT no hiciera contribución a los mismos y se buscó una alternativa de financiamiento que finalmente satisfizo a todas las partes contratantes. Esa alternativa consistió en un mecanismo para la resolución del contrato de concesión bajo ciertas circunstancias específicas. El mecanismo está contenido en el Artículo XI del Contrato de Concesión. El mismo consiste en reconocer el derecho del concesionario a dar por terminado el acuerdo, en su fase de operación y mantenimiento, en la eventualidad que el volumen de tránsito, medido en periodos de seis (6) meses y en términos del número acumulado de vehículos que hayan utilizado la instalación desde la fecha de aceptación, sea menor que lo establecido por la siguiente progresión:

- Si durante los primeros tres (3) años de operación el flujo es menor al 80 por ciento del número de vehículos que fueron estimados por el consultor de tráfico;
- Si durante el periodo comprendido entre el cuarto y el sexto año el flujo acumulado de tránsito es menor al 85 por ciento del número de vehículos que fueron estimados por el consultor de tráfico;
- Si durante el periodo comprendido entre el séptimo y octavo año el flujo acumulado de tránsito es menor al 90 por ciento del número de vehículos que fueron estimados por el consultor de tráfico;
- Si durante el periodo comprendido entre el noveno año y de ahí en adelante el flujo acumulado de tránsito es menor al 100 por ciento del número de vehículos que fueron estimados por el consultor de tráfico.

Para asegurar la capacidad de la ACT de cumplir con los compromisos derivados de la cláusula de terminación y evitar efectos adversos sobre las finanzas o sobre las operaciones de la ACT, el contrato establece que la ACT depositaría con el fideicomisario nueve millones (\$9,000,000.00) en una cuenta plica o *escrow* que devengaría intereses. Dicha cantidad (principal e intereses) era suficiente para rescatar al concesionario en caso de que la cláusula de terminación fuera activada. El contrato establece que, de ser necesario el rescate de la concesión, se le pagará al privatizador la inversión no recobrada, más un 2.5 por ciento de rendimiento (computado antes de los impuestos). Por otro lado, la cuenta plica habría devengado intereses durante el periodo (Gutiérrez: 13).

Gutiérrez opina que, el costo neto de interés para el Estado era, en realidad, el 12.5 por ciento, menos impuestos, menos el rendimiento devengado por la cuenta de reserva. De igual forma, la ACT venía obligada a asumir la deuda financiera de la instalación de tránsito de haberse hecho necesario el rescate de la concesión. No obstante, los estimados de tránsito realizados no vislumbraban dificultad alguna en que el volumen fuese suficiente para cubrir el servicio de la deuda, la operación y el mantenimiento. Aún en el peor de los casos con un tránsito realizado en un 60 por ciento de la proyección de Vollmer Associates, se generarían suficientes ingresos para pagar la deuda financiera. El economista puertorriqueño Elías Gutiérrez opina que estas condiciones son comparables con el coste asociado a un financiamiento a mediano término (Gutiérrez: 22-25).

Así pues, el ataque político al proyecto se centró en la cláusula resolutoria antes discutida ya que se alegaba que dicha cláusula protegía al concesionario de todo riesgo en el proyecto. Debe señalarse además, que la concesionaria que diseñó, construyó, opera y mantiene el puente Teodoro Moscoso lleva a cabo una operación que no representa, en modo alguno, un monopolio ya que el acceso que provee el puente es una alternativa a los accesos en existencia. La operación de la vía compete con las rutas alternas existentes en función del tiempo ahorrado, costo relativo al transporte (combustible y desgaste del vehículo), comodidad, seguridad y calidad (Gutiérrez: 17).

A pesar de los cuestionamientos acerca de la distribución de riesgos del proyecto, la realidad es que en términos generales se considera un proyecto exitoso en la medida en que ha tenido el auspicio de los conductores y por tanto, no se activó la cláusula de terminación del contrato y por tanto el Estado no tuvo que garantizarle la deuda al concesionario. De no haber sido este el caso, ciertamente la opinión generalizada no fuera la misma.

4. MARCO JURÍDICO EN OTRAS JURISDICCIONES Y SU INFLUENCIA EN LA LEY DE ALIANZAS PÚBLICO PRIVADAS DE PUERTO RICO

La Exposición de Motivos de la Ley APP menciona como ejemplos de jurisdicciones que han desarrollado exitosamente contratos de alianzas a Australia y el Reino Unido. Sin embargo, las jurisdicciones antes mencionadas carecen de características sociales, económicas, culturales y geográficas presentes en Puerto Rico. Tal incongruencia redundaría en más gastos para el Estado, contrario a los objetivos de prosperidad económica propuestos en la Ley. Por tal razón, es necesario analizar el cuadro jurídico de países con estatutos de APP en Latino América, tales como Brasil y Chile (Cabral: 239).

A. Australia

Recientes estudios trazan el inicio de Alianzas en Australia desde el 1852 con la llegada de los primeros sistemas de ferrocarriles a ese país. Con un extenso historial en APP no debe ser sorpresa que nuestra legislatura haya tomado como modelo la estructura legal de algunos Estados de Australia para crear nuestra Ley APP. Según un nuevo estudio del Banco Mundial, en Australia las APP se utilizan para provisiones de infraestructura o servicios subsidiarios que se relacionan al financiamiento o inversiones en el sector privado. Además, es de notar que el término "*infraestructura*" no se refiere nada más a estructuras sólidas sino que trasciende a sistemas de informática y tecnología, como en Puerto Rico (Cabral: 239).

La política pública en Australia tiende a excluir la privatización y contratos de servicios. Por otro lado, el Fondo Monetario Internacional (en adelante FMI) describe la política pública de alianzas en Australia como una detallada y explícita.

Se destaca por tener un énfasis especial en el interés público de la comunidad y en el *"valor por dinero"*. Este énfasis especial en interés público guarda cierta similitud a la definición de interés público que precisa nuestra Ley APP. Como se mencionó al esclarecer la definición de alianzas en Puerto Rico, el enfoque de los proyectos de alianzas en teoría se escoge basándose en el interés público y contemporáneo de la ciudadanía (Cabral: 239).

Otro detalle interesante sobre las APP en Australia es el hecho que no existe la presunción de que el sector privado provea servicios con más eficiencia, ni más profesionales. El estudio del FMI, argumenta que decisiones sobre el establecimiento de una Alianza se hacen a base de mérito y el resultado final es juzgado por el beneficio público obtenido. Por ende, la política pública de Alianzas se fundamenta en la teoría de que todo proyecto de APP debería enfocar su estructuración en el producto final, en vez del método que se utiliza para desarrollarlo. También, se propone establecer medidas de efectividad que aseguren congruencia entre la calidad de servicios facilitados y la necesidad que tiene la ciudadanía por tal servicio (Cabral: 239-240).

Al comparar el proceso de selección, observamos diferencias y similitudes significativas entre la jurisdicción de Puerto Rico y la australiana. Primeramente, es menester mencionar que entidades del sector público en Australia durante la etapa de selección participan en un proceso competitivo de subasta. En comparación, nuestra Ley APP exime a las entidades gubernamentales de cumplir con disposiciones de contratación referentes a subastas consignadas en su Ley Orgánica, leyes especiales pertinentes o cualquier reglamento relevante, ya que sólo se aplicará las disposiciones del reglamento que en un futuro cercano adopte la Autoridad. Algunos ejemplos de Alianzas en el Estado de Victoria son cárceles, tribunales, hospitales, centro de convenciones, entre otros (Cabral: 240-241).

B. Estados Unidos

En la jurisdicción norteamericana se puede trazar la presencia de alianzas desde 1819 a través del caso *McCulloch v. Maryland*⁵², en el cual el Tribunal Supremo de Estados Unidos dilucidó una controversia relacionada a la creación de una institución financiera establecida en un veinte por ciento por el gobierno federal y el resto por inversionistas privados.

Como ya mencionamos antes, en E.E.U.U. las alianzas público-privadas tienen la peculiaridad de que no están regidas por una ley, ni agencia nacional y reguladora equivalente a nuestra Ley de APP y nuestra Autoridad. Además, es interesante observar que en el ámbito federal no existe un proceso análogo, ni uniforme entre acuerdos colaborativos, ya que su legislación es establecida por agencia y no existe un proceso nacional que lo regule. (Cabral: 223).

Por otro lado, en la esfera estatal, la legislación es creada independientemente en los distintos Estados y territorios de EE.UU. No obstante, las Naciones Unidas recientemente realizaron un estudio sobre las alianzas en EE.UU. que demuestra un enfoque especial en el principio de competencia en las dos jurisdicciones. En comparación, nuestra Ley APP en su Exposición de Motivos y disposiciones sobre solicitud de alianzas también invocan al principio de libre competencia, argumentando que se debe "*promover la competencia en la solicitud de propuestas y brindar acceso a la información disponible para atraer los mejores proponentes, de manera que se asegure la supremacía del libre mercado y la competencia*".

⁵² 17 US 316 (1819)

Además, el artículo 9 de la Ley APP dispone que durante el proceso de solicitud no se podrá *"menoscabar la justa competencia"*. En específico, dicho artículo dicta que *"los métodos y procesos deben estar dirigidos a garantizar la participación del mayor número de proponente posibles que cumplan con las cualificaciones adecuadas, según determine la Autoridad, así como proteger y asegurar la igualdad de condiciones en la competencia entre los participantes"*.

El Artículo 19(b) de la Ley Núm. 77 de 25 de junio de 1964, conocida como la Ley de Monopolios dicta que la *"actividad principal del contrato de alianza no será considerada como un contrato que tenga el efecto de reducir sustancialmente la competencia o tender a crear un monopolio"*. En relación al alcance, el mismo Artículo 19 establece una limitación a dicha exención, disponiendo que nada más se exima a la *"actividad principal"* y no a terceros no envueltos en el contrato de alianza principal, entiéndase éstos como *"terceros de actividades secundarias, accesorias o subsidiarias a la actividad primaria establecida en dicho contrato"*. Conjuntamente, es importante recalcar que el mismo estatuto reconoce que la exención de la ley anti-monopolística afectaría la competencia pero no de una manera sustancial (Cabral).

El Tribunal Supremo de E.E.U.U. en *Duquesne Light Company and Pennsylvania Power Company v. David M. Barashch et al*⁵³, consideró el rendimiento razonable para empresas del servicio público. Duquesne y Penn Power luego de incurrir en costos para el desarrollo de plantas nucleares, que en definitiva no entraron en uso, la Comisión de Servicio Público de Pennsylvania no permitió a esas empresas reflejar en las tarifas por electricidad los costos incurridos en el desarrollo de las plantas nucleares. Como resultado de esta decisión, la tasa de

⁵³ 488 US 299 (1989)

rendimiento de Duquesne y Penn Power se afectó negativamente, aunque en una cuantía relativamente pequeña, menos del uno por ciento.

El Tribunal Supremos de los E.E.U.U. ha establecido que, en la fijación de tarifas, la cuestión fundamental para determinar si ha habido una confiscación de facto de la propiedad, prohibida por la Constitución, es el resultado final de la medida tarifaria. Por ejemplo, la decisión de no considerar los costos de las plantas nucleares en la determinación de las tarifas eléctricas ejerció un efecto mínimo sobre la tasa de rendimiento de las empresas afectadas, por lo que el Tribunal decidió que, en ese caso en particular, no estaba justificada una revisión de la decisión administrativa sobre tarifas. En el caso de las empresas de servicio público, el Tribunal Supremo admite que el riesgo es mucho menor que en una empresa privada convencional (Gutiérrez: 16).

a) Virginia

A nivel estatal el Estado que se ha destacado con programas y esquemas jurídicos de alianzas eficientes, exitosas y en beneficio para el interés público es Virginia. En 1995, el Estado de Virginia desarrolló el *Public-Private Transportation Act of 1995* (en adelante "*PPTA*") capacitando así a su Departamento de Transporte a otorgar contratos de alianzas que permitieran a entidades del sector privado desarrollar y/o operar servicios, funciones o instalaciones relacionadas al transporte. El estatuto de alianzas de Virginia enmarcaba un cuadro reglamentario de licitación que permite a entidades no gubernamentales identificar y entregar propuestas de posibles proyectos beneficiosos para la ciudadanía o en necesidad de mejoras. No obstante, el Departamento de Transporte también podía identificar áreas para llevar a cabo alianzas y solicitar su futuro establecimiento. Se ha argumentado que el proyecto de

la autopista-expreso conocido como el *Pocahontas Parkway* es un ejemplo de la efectividad de la reglamentación de alianzas en Virginia.

Ahora bien, Virginia divide su proceso de solicitud y evaluación en seis etapas conjuntamente (Cabral Munárriz). Primeramente, se evalúan características de calidad acerca de la posible alianza. Algunas consideraciones en esta etapa de control de calidad son: si la formación de la alianza constituirá un medio más eficiente, rápido o menos oneroso que la continuación de servicios, funciones o instalaciones en manos del sector público; si hay despliegue de riesgos balanceados entre el sector público y el privado; si la propuesta efectivamente está dirigida al mejor interés local, regional o estatal.

Luego, un segundo paso es la evaluación durante el proceso de solicitud y evaluación por un panel de revisión independiente compuesta por miembros de la junta estatal de transporte de Virginia, profesionales en el campo de transporte, académico y representantes de la jurisdicción bajo controversia. Cabe mencionar que esto forma parte del proceso de evaluación, debates y comentarios del público.

Luego, se pasa a una etapa donde la junta estatal de transporte examina la conclusión del panel evaluador independiente y le recomienda al Departamento de Transporte si debe perfeccionar un contrato de alianza o no. Si la junta da una recomendación a favor del establecimiento de una alianza, es de notar que el Departamento de Transporte procede a anunciar, vía Internet, la aceptación de propuestas detalladas acerca de posibles proyectos. Un cuarto paso que toma el Estado de Virginia en su etapa de selección es que forma un nuevo comité para evaluar las propuestas detalladas de los proponentes. Luego se procede a la etapa de negociaciones y por último, una revisión final legal para el otorgamiento del contrato.

C. Chile

Desde principios de los noventa Chile ha experimentado con diferentes legislaciones y proyectos de alianzas, de esta manera reformando y perfeccionando un marco jurídico adecuado para el país. Actualmente, el FMI considera a Chile como uno de los países de América del Sur más exitosos en contratos de Alianzas, principalmente en proyectos de transporte, aeropuertos, centros de detención y sistemas de irrigación. Dicho éxito en las APP se le atribuye por una serie de características: *"marco institucional sólido; procedimientos adecuadamente desarrollados que van dirigidos a identificar, evaluar, ofrecer y subastar proyectos de Alianzas; esfuerzos dirigidos a asegurar una distribución balanceada de riesgos entre el sector público y el sector privado; y reformas destinadas a garantizar la disponibilidad de financiamiento privado para proyectos"* (Cabral Munárriz: 239).

No obstante, es de notar que el camino al éxito de los estatutos de alianzas en Chile ha tenido varios obstáculos y es debido a la experiencia con dichos obstáculos que la jurisdicción chilena ha podido enriquecer sus estatutos relacionados a contratos de Alianzas. Por ejemplo, un gran número de contratos han tenido que ser renegociados por contingencias impredecibles a los primeros estatutos de Alianza en el país. Dichas renegociaciones generalmente se debieron a solicitud del Estado para proyectos adicionales y a problemas de financiamiento del contratante. Hoy en día, para evitar renegociaciones en nuevos y futuros contratos, el Gobierno chileno promueve el mejoramiento en especificaciones de proyectos y durante el proceso de subasta y selección. La última, centraliza su estrategia de mejoramiento previniendo esfuerzos frustrados en ofertas económicas imprácticas, además de nuevos mecanismos de licitación público-privada (Cabral Munárriz: 239).

Es menester mencionar que la Ley APP y el sistema de Alianzas chileno utilizan similarmente el análisis de costo/beneficio. Por su parte Chile fue uno de los primeros países en utilizar el análisis de costo/beneficio para proyectos de financiamiento público. Todo proyecto en Chile de APP se filtra a través de un análisis de costo/beneficio en el cual se estudia y determina si el proyecto cumple con la tasa anual de rendimiento social actualmente designada en 8%. Académicos sobre el tema de Alianzas argumentan si el análisis de costo/beneficio debería ser utilizado para seleccionar los participantes. En comparación, la Ley APP incorpora un análisis comparado de costo/beneficio al proceso de selección a través del Estudio de Deseabilidad y Conveniencia (Cabral Munárriz: 239).

La Ley APP dispone que antes de oficialmente establecer una alianza, la Autoridad, en colaboración con el Banco, deberá preparar un estudio donde se especifique las características esenciales del proyecto y, entre otros factores, preparar un análisis de posibles costos y beneficios del proyecto. También es de notar que el Estudio de Deseabilidad y Conveniencia de Puerto Rico sigue la teoría de especificación que promueve Chile para evitar renegociaciones de contrato (Cabral Munárriz: 239).

Consiguientemente, el análisis comparativo de costos y beneficios en la jurisdicción puertorriqueña se centraliza en estudiar la viabilidad social, la mejor opción de financiamiento y el efecto en finanzas públicas. Con relación a la viabilidad social, el artículo 7(b) (iv) de la Ley APP dispone la posibilidad de incluir en el Estudio de Deseabilidad y Conveniencia un análisis que exponga los posibles costos o beneficios al Estado y el impacto social que pudiera causar el proyecto propuesto. Por otro lado, el artículo 7(b) (viii) propone un análisis de costo/beneficio para evaluar la conveniencia y viabilidad de utilizar financiamiento público, privado o fondos federales para el contrato propuesto. Por último, el

artículo 7(b) (x) promueve la preparación de un análisis comparativo del costo/beneficio que representaría el establecer una APP en comparación de no establecerla, en consecuencia, midiendo el efecto en las finanzas públicas (Cabral Munárriz: 239).

D. Brasil

Las APP en Brasil son regidas por la Constitución y estatutariamente a través de la Ley Federal Núm. 11,079/2004, titulada *Ley de Parcerias Público-Privadas Académicos*. Los brasileños definen una Alianza como "*contratos continuamente renegociados entre el Estado y el sector privado, establecidos con el fin de conseguir, a través del sector privado, desarrollo de proyectos que contengan por lo menos algunos aspectos de interés público*". Por otro lado, la Ley Federal Núm. 11,079/2004 define Alianzas como "*contratos negociados establecidos por concesiones patrocinadas y concesiones administrativas*" (Cabral Munárriz: 239).

A diferencia de la Constitución puertorriqueña, la Constitución brasileña contiene disposiciones relacionadas a contratos de Alianzas y su licitación. Por ejemplo, la Constitución brasileña le otorga responsabilidad exclusiva al Gobierno Federal para establecer principios, normas directoras y procedimientos de contratación pública en contratos que vinculan entidades federales, estatales, corporaciones públicas, empresas de común-riesgo (joint-ventures). Además, dicha Constitución consagra un derecho de igualdad de condiciones a todo licitador a través de un proceso de licitación pública en proyectos de construcción, servicios, adquisiciones y transferencias de propiedad pública (Cabral Munárriz: 239).

La Ley Federal Núm. 11,079/2004 (en adelante Ley de Alianzas brasileiras) es el equitativo de la Ley APP en Puerto Rico. En síntesis, regula en general las

CPP en Brasil delineando definiciones conceptuales, el proceso de licitación y contratación de proyectos de construcción, transferencias de titularidad de propiedad pública, de servicios especializados, de tecnología entre otros. Una diferencia a la jurisdicción puertorriqueña digna de resaltar es el hecho de que en la delegación de servicios públicos, al sector privado solamente se le transfiere la ejecución del servicio. Entiéndase que la responsabilidad de proveer el servicio a la ciudadanía todavía recaerá en la entidad gubernamental que establezca una APP. Disposiciones como éstas dejan entender que sería difícil levantar la doctrina de acción/función del Estado a la entidad privada contratante ya que en las disposiciones contractuales el Estado se declara responsable por el servicio público (Cabral Munárriz: 239).

5. POSIBLES CONTROVERSIAS RELACIONADAS A LA LEY DE ALIANZAS PÚBLICO-PRIVADAS DE PUERTO RICO

A. Derecho Constitucional

Frente al escenario de violaciones de los derechos constitucionales, la siguiente controversia es si se configura la doctrina de acción de Estado o *state action* ante la entidad privada contratada por el Gobierno de Puerto Rico. Como regla general, violaciones, limitaciones o amenazas contra derechos civiles son producto de "*actuaciones*" o "*acciones*" del Estado y en consecuencia, no son oponibles frente a entes privados. Sin embargo, la jurisprudencia estadounidense ha desarrollado, como excepción, la doctrina de "*acción de Estado*". Por su naturaleza homogénea, las APP se prestan a controversias relacionadas a dicha doctrina. Algunos estudiosos de la materia entienden que entes privados que perfeccionen contratos de alianzas con el gobierno de Puerto Rico sí tendrán que responder por violaciones constitucionales a la ciudadanía bajo la doctrina de acción de Estado (Cabral Munárriz: 239).

En general, el Tribunal Supremo de EE.UU. dispone que la doctrina de acción de Estado se reconoce en tres escenarios: (1) cuando la actividad bajo controversia es resultado del poder coercitivo o de promoción significativa del Estado, (2) cuando la entidad privada ejerce una función tradicional e inherentemente atribuible al Estado; y (3) cuando la actividad en controversia resulta de una relación simbiótica entre el gobierno y la entidad privada.

Las alianzas en Puerto Rico caerían en la segunda y/o la tercera situación ya que la mayoría de los proyectos que propone la Ley APP son sobre "*funciones públicas*". Igualmente, se pudiera indicar que las APP en Puerto Rico, por su naturaleza contractual configuran una relación simbiótica entre el gobierno y el sector privado (Cabral Munárriz: 239).

La jurisprudencia norteamericana parece apoyar que efectivamente se cumplen los requisitos de la doctrina cuando se trata de acuerdos colaborativos entre el sector público y el privado. Según el caso de *Lebrón v. National Railroad Passenger Corp.*⁵⁴, las corporaciones públicas están sujetas a la doctrina ya que sus actuaciones son atribuibles al Estado. Conjuntamente, se puede razonar que lo dispuesto en *McCulloch v. Maryland* también inclina la balanza hacia la aplicación de la doctrina en la jurisdicción puertorriqueña si se fuera a dar una controversia de acción de Estado a raíz de la Ley APP. En detalle, el Tribunal Supremo de E.E.U.U. dispuso que a pesar de que el gobierno federal fuera dueño por tan sólo veinte por ciento del banco bajo controversia, la naturaleza entera de la entidad financiera era federal. Además, recientes estudios sobre el tema afirman que en casos donde el Estado le ha cedido a una entidad privada amplia discreción para operar programas gubernamentales existe legítima acción de Estado contra violaciones a derechos individuales (Cabral Munárriz: 239).

⁵⁴ 513 U.S. 374 (1995)

B. Derecho Laboral

En el ámbito laboral, los empleados públicos pueden alegar despidos injustificados, violaciones constitucionales y menoscabo de sus convenios colectivos debido a lo dispuesto en el artículo 10(g) de la Ley APP. En detalle, el Artículo 10(g), titulado *"Inaplicabilidad de Prohibición de Transferencias de Empleados"* dispone que en el caso de una entidad gubernamental participante que durante el año fiscal en el cual otorga un Contrato de Alianza o cualquier año fiscal anterior tenga o haya tenido un déficit operacional, o que se encuentre o se haya encontrado en una situación fiscal que sea o haya sido certificada por el Banco como una situación fiscal precaria, a esta entidad gubernamental participante no le aplicará, y no tendrá validez o efecto, cualquier cláusula contractual laboral que prohíba la transferencia a un contratante de cualquier función, servicio o instalación de dicha entidad gubernamental participante o la transferencia de los empleados de ésta que estén asignados a dichas funciones, servicios o instalaciones, y dicha cláusula no impedirá que se efectúen dichas transferencias como resultado del establecimiento de una Alianza Público-Privada (Cabral Munárriz: 239).

Del texto antes expuesto es imprescindible mencionar que según la Exposición de Motivos de la Ley de Emergencia Fiscal, la mayoría de las entidades gubernamentales operan en déficit o se encuentran en un *"estado financiero precario"* desde el 2006. Por ende, es razonable estimar que la mayoría de las entidades gubernamentales que entren en contratos de alianzas serán eximidas de cumplir con los convenios colectivos vigentes. Así pues, se podría decir que el artículo 10(g) de la Ley de APP atenta contra el principio consagrado en el Artículo II, Sección 7 de la Constitución de Puerto Rico sobre la prohibición de aprobar leyes que menoscaben las obligaciones contractuales ya que los convenios colectivos tienen fuerza de ley. Por otro lado, pudiera surgir una controversia

relacionada a la libertad de organización y negociación colectiva, consagradas en el Artículo II, Sección 17 y 18 de nuestra Constitución, si se violentan de manera sustancial los convenios colectivos de las entidades gubernamentales que se encuentren en déficit o en un estado financiero precario (Cabral Munárriz: 239).

Lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley APP también es preocupante para la fuerza laboral pública ya que parece violentar la doctrina de patrono sucesor adoptada por jurisprudencia en Puerto Rico través del caso de *Piñeiro v. Int'l Air Serv. of P.R., Inc*⁵⁵. En detalle, el Artículo 10(f) de la Ley APP dicta que “[E]l Contratante en un Contrato de Alianza no asume ni se hace responsable por las obligaciones o deudas existentes de la Entidad Gubernamental”. Además, el contratante no será responsable de las obligaciones relacionadas al mérito, tiempo y servicio acumulados por los empleados de la entidad gubernamental participante que el contratante acuerde emplear al momento de llevar a cabo el Contrato de Alianza, ni de cualquier otra obligación que tuviera la entidad gubernamental participante con dichos empleados, excepto por aquellas obligaciones y responsabilidades que expresamente asuma el contratante en el Contrato (Cabral Munárriz: 239).

A tenor con lo antes expuesto, es menester afirmar que la doctrina de patrono sucesor fue adoptada en nuestra jurisdicción para asegurar los acuerdos y derechos adquiridos del empleado ante un cambio en patrono. En específico, la doctrina se aplica cuando el patrono sucesor opera la compañía con sustancial similitud que el patrono primario. Otro detalle importante sobre la doctrina es el hecho de que el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha expresado que la doctrina de patrono sucesor se adoptó en nuestra jurisdicción precisamente para “*hacer valer los términos de un convenio colectivo*”. Por ende, tomando en consideración todo lo

⁵⁵ 140 D.P.R. 343, (1996)

antes presentado se puede argumentar que existe alta probabilidad de controversias relacionadas a la doctrina de patrono sucesor.

Ahora bien, el Tribunal Supremo ya se ha enfrentado a una controversia similar. En *Adventist Health System Corp. v. Mercado Ortiz*⁵⁶, se planteó si aplica la doctrina de patrono sucesor cuando el Departamento de Salud, a través de la Ley de Privatización de Instituciones de Salud, Ley Núm. 190 de 5 de septiembre de 1996, según enmendada, (en adelante Ley Núm. 90) vende sus instalaciones a Adventist Health System Corp. (en adelante Adventist o entidad privada). En específico, se dilucida si un ex-empleado público, que es retenido por una empresa privada que adquiere una instalación de salud pública, retiene los años de servicio que brindó al Gobierno y si éstos son oponibles ante el patrono privado para fines del cómputo de mesada⁵⁷.

En dicho caso, la demandante era empleada pública del Departamento de Salud y luego de la venta fue reclutada por la entidad privada que compró el hospital donde trabajaba. Sin embargo, tres años después fue despedida. Tras estos sucesos, la empleada demanda a Adventist por entender que fue un despido injustificado y fundamenta su reclamación al amparo de la Ley Núm. 80 de 30 de mayo de 1976 (en adelante Ley Núm. 80) y la doctrina de patrono sucesor. La Opinión Mayoritaria, emitida por el Juez Presidente Hernández Denton, determina que la Ley Núm. 80 no es aplicable ante una controversia de tal naturaleza porque

⁵⁶ 171 D.P.R. __ (2007), 2007 TSPR 100

⁵⁷ En Puerto Rico la terminación injustificada de un empleado en la empresa privada obliga al patrono a pagarle una compensación al empleado por los años de servicio. Esta compensación conocida como la mesada, está regulada por la Ley 80 de 30 de mayo de 1976.

identificó al Departamento de Salud como una agencia de la Rama Ejecutiva y no como un negocio o empresa privada amparada las disposiciones de la Ley Núm. 80.

En resumen, el Tribunal Supremo interpreta que la intención legislativa no era extender las disposiciones de la Ley Núm. 80 a empleados públicos porque dichos empleados ya *"estaban debidamente protegidos por las garantías que le concede el principio de mérito, al extremo de que -en caso de despido injustificado- éstos tienen derecho a ser reinstalados en sus puestos"*. Además, el Tribunal Supremo resolvió la controversia relacionada a la Ley Núm. 80 argumentando que todo lo antes expuesto demuestra que las disposiciones de dicha ley fueron *"destinad[as] esencialmente al empleado de la empresa privada y no se deba extender su aplicación a la esfera gubernamental"*.

En cuanto a la doctrina patrono sucesor el Tribunal reafirmó que para la aplicabilidad de dicha doctrina es indispensable la presencia de los siguientes factores:

- la existencia de una continuación sustancial de la misma actividad de negocios;
- la utilización de la misma planta para las operaciones;
- el empleo de la misma o sustancialmente la misma fuerza obrera;
- la conservación del mismo personal de supervisión;
- la utilización del mismo equipo y maquinaria y el empleo de los mismos métodos de producción;
- la producción de los mismos productos y la prestación de los mismos servicios;
- la retención del mismo nombre; y

- la operación del negocio durante el período de transición.

A la luz de dicha doctrina laboral, el Tribunal Supremo concluye que en el presente caso no existía un reclamo basado en un acto u obligación originalmente imputable al patrono predecesor. Otro punto importante de recalcar, es el hecho que al igual que la Ley de APP, en el caso existía una ley que eximía o extendía cierta inmunidad al patrono sucesor de obligaciones del pasado patrono. En el caso de *Adventist Health System Corp. v. Mercado Ortiz, supra*, el Artículo 22 de la Ley Núm. 90 disponía que la entidad contratante o intereses privados que adquirieran cualesquiera de las instalaciones de salud en virtud de lo dispuesto en este capítulo, estarán inmunes o exentos de reclamaciones de cualquier índole que de otro modo serían atribuibles al Gobierno de Puerto Rico, incluyendo, pero no limitándose a reclamaciones laborales, contractuales, torticeras, o extra contractuales siempre y cuando dichas reclamaciones estuviesen relacionadas con hechos o eventos ocurridos con anterioridad a la firma de los contratos de privatización.

En comparación a la Ley APP, vemos que en la controversia de Adventist dicha disposición de la Ley Núm. 90, se asemejaría al Artículo 10(f) de la Ley APP. Como antes mencionado, el Artículo 10(f) exime al patrono privado de las obligaciones relacionadas al mérito, tiempo y servicio acumulados por los empleados y empleadas de la entidad gubernamental participante que el contratante acuerde emplear al momento de llevar a cabo el contrato de alianza, ni de cualquier otra obligación que tuviera la entidad gubernamental participante con dichos empleados o empleadas, excepto por aquellas obligaciones y responsabilidades que expresamente asuma el Contratante en el contrato de alianza (Cabral Munárriz: 239).

No obstante, es importante recordar que la decisión del Tribunal Supremo en *Adventist Health System Corp. v. Mercado Ortiz* se distingue de las

controversias laborales que pueden surgir con la nueva Ley APP porque el tipo de privatización que ocurre es diferente. La opinión disidente que emite la Jueza Asociada Liana Fiol Matta resulta ser de gran valor jurídico en cuanto a controversias laborales cuando un proceso de privatización ocurre. Además, la Opinión disidente en Adventist identifica que la estrategia gubernamental de privatización empezó desde mediados del Siglo XX.

Un último punto sobre controversias laborales es el hecho de que la junta de directores de la Autoridad para APP no contiene representación laboral o sindical. Según el Artículo 5(b), la Junta estará compuesta por cinco miembros: el presidente del Banco Gubernamental de Fomento, el secretario del Departamento de Hacienda, el Presidente de la Junta de Planificación y dos individuos de los cuerpos legislativos, respectivamente, en representación del interés público. Aunque se podría argumentar que los representantes del interés público atienden igualmente los asuntos laborales de los trabajadores.

CONCLUSIONES

Primera.- Las *Public-Private Partnerships (PPP)* han perdido en gran medida su contenido ideológico original para convertirse en un vehículo de necesidad para obtener financiamiento privado ante la imposibilidad del Estado de ser eficiente y generar sus propios recursos de manera tal que pueda proveer la infraestructura necesaria para el desarrollo económico del país.

Segunda.- La CPP constituye un macro-concepto ya que no nos encontramos ante un concepto preciso y detallado, sino ante un género, una técnica de realización de actividades públicas, en la cual se agrupan otras figuras tradicionales y mecanismos novedosos de plantear las relaciones jurídicas y económicas en las que participa la Administración, con la funcionalidad de encontrar un acomodo presupuestario que permite una flexibilización en el régimen jurídico. Dicha técnica se ha de ver necesariamente como un modo de privatización de la actividad pública.

Tercera.- El contrato CPP es de naturaleza *relacional* e incompleto ya que anticipa que la larga relación entre las partes tendrá que ser cambiante y adaptarse en el transcurso de la vigencia del contrato de maneras no-anticipables. Por tanto, se pacta la renegociación como método de atender conflictos entre las partes y se provee el esquema general que gobernará dichas renegociaciones.

Cuarta.- En cuanto a la asignación de riesgos, la concepción o filosofía de que el sector privado tuviera que asumir la totalidad de los riesgos se ha demostrado equivocada e irrealista. Los riesgos se distribuyen entre las partes según sus capacidades para enfrentarlos, lo cual requiere un análisis coste-efectivo tanto de la capacidad financiera de las partes como de la viabilidad económica del proyecto de infraestructura en cuestión. En este sentido, entran en juego el *value for*

money y el *Public Sector Comparator* de la *PFI*. Así pues, se puede decir que el sector público podría asumir parte de los riesgos sin que ello afecte la naturaleza colaborativa de la relación.

Sin embargo, una inadecuada o excesiva prestación de garantías amenaza con minar la efectividad misma de un esquema de privatización por cuanto la asunción por el Estado del riesgo de fracaso del proyecto puede apaciguar los incentivos del inversor privado para la elección sólo de proyectos rentables y su ejecución eficiente. Es decir, con la garantía de que el Estado asumirá las consecuencias en caso de que el proyecto fracase, el sujeto privado podrá elegir proyectos poco rentables o con baja viabilidad y su actuación no se verá incentivada para conseguir resultados eficientes que aseguren el éxito de la operación. El riesgo también es relevante a nivel comunitario para determinar si la operación se consolidará o no en el balance de la Administración a los efectos de computar el déficit de los Estados miembros de la UE.

Quinta.- La regulación en el ámbito de la infraestructura de transporte tiene la particularidad de que la demanda en el sector del transporte depende o está sujeta a la actividad económica de una nación y por tanto, es un sector sensitivo a las fluctuaciones económicas de un mercado. Esto tiene como consecuencia que los inversionistas estén atentos a los riesgos inherentes de la transacción en cuestión. Es menester que el regulador asegure que los inversionistas reciban un trato justo y una ganancia razonable por su inversión. En la medida en que los inversionistas carezcan de confianza en el ente regulador, procederán a exigir una ganancia mayor que pueda compensar por el riesgo asumido.

Sexta.- El contrato de concesión ha sido el vehículo históricamente utilizado para los acuerdos colaborativos entre el sector público y el privado. En términos generales se podría decir que el concepto concesión y CPP son equiparables en la

medida en que son utilizados indistintamente aunque en la práctica algunos países establecen una distinción entre ambos conceptos.

Séptima.- En España, no fue hasta la aprobación de la vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que se reguló por primera vez el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Dicha legislación establece una distinción entre el contrato de concesión y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Octava.- En España, la diferencia entre el contrato de concesión y el contrato de colaboración entre el sector público y el privado radica en el objeto del contrato, la remuneración del contratista y el proceso para seleccionar al socio privado. Una distinción notable es que en el CCSPSP el objeto del contrato es indefinido que puede incluir varias prestaciones de naturaleza distinta y son las partes las que determinan cuál es la prestación característica del contrato, lo que a su vez determinará el régimen jurídico que va a regir.

En cuanto a la remuneración del contratista, en la concesión existe un vínculo directo entre el contratista y el usuario final del bien o servicio. En el caso del CCSPSP dicho vínculo no existe ya que es la Administración la que pagará renta directamente al socio privado a lo largo del contrato. Otra distinción radica en que en el CCSPSP se recurre al dialogo competitivo como mecanismo para seleccionar al socio privado. Finalmente, debemos destacar como una característica distintiva del CCSPSP lo es su naturaleza subsidiaria. Lo cual tiene la implicación que sólo podrán celebrarse cuando previamente se haya puesto de manifiesto que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de la finalidad pública.

Novena.- En Puerto Rico, la legislatura puertorriqueña por primera vez incorpora en su ordenamiento jurídico la figura de las alianzas público-privadas mediante la aprobación de la Ley 29 de 8 de junio de 2009, mejor conocida como la Ley de Alianzas Público-Privadas. Dicho contrato de Alianza incorpora la visión amplia de la doctrina anglosajona ya que incluye cualquier acuerdo colaborativo entre el sector público y el sector privado. En específico, un Contrato de Alianza abarca modalidades como lo son la concesión y el modelo británico *DBFO*, entre otros. De igual manera se incorpora los principios de *value for money* y el *Public Sector Comparator* de la PFI como mecanismos preparatorios para determinar si el acuerdo colaborativo producirá un valor añadido y eficiencia. En consecuencia, la creación, desarrollo e implementación de las APP fue el resultado de la crisis fiscal. Las APP son un remedio ante factores socioeconómicos que están en desarrollo. Su novedad en el país impide un análisis más profundo pero sin duda recogen el movimiento global al incorporar la relación de la empresa privada en la función gubernamental.

Décima.- Al momento de considerar un acuerdo colaborativos entre el sector público y el sector privado para la provisión de autopistas, carreteras y puentes, es necesario llevar a cabo una adecuada y realista previsión del volumen de tráfico ya que la mayoría de las renegociaciones surgen a raíz de la sobreestimación del flujo vehicular. Para evitar lo anterior, se recomienda realizar estudios independientes de proyecciones de tráfico y exigir la contratación de seguros que atiendan este tipo de riesgo.

Decimoprimera.- A los fines de determinar cuándo interesa o no recurrir a la CPP, es de trascendental importancia determinar la viabilidad económica del proyecto de transporte en cuestión. Son múltiples los factores que pueden incidir sobre la viabilidad económica de un proyecto, como por ejemplo, si la carretera es

rural, si existen rutas alternas libres de costos, entre otros factores socio-económicos. No obstante lo anterior, un proyecto que no sea coste-efectivo podría formar parte de un acuerdo colaborativo en la medida en que se le conceda al socio privado algún tipo de compensación siempre y cuando dicha aportación por el Estado tenga un valor añadido.

Decimosegunda.- En cuanto a recomendaciones, entiendo que en España se debe crear una entidad independiente que se encargue de gestionar y supervisar los CCSPSP. Además, debe mejorarse la transparencia en los procesos a través de la publicación de los documentos preparativos de los CCSPSP al igual que la publicación de los contratos colaborativos en cuestión. Lo anterior, fomentará la transparencia y aumentará la confianza del pueblo en este tipo de acuerdo.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELSON, P. (2005): *Outsourcing of Public Services in Australia: Seven Case Studies*, Macquarie Economics Research Papers, No. 3/2005, Department of Economics, Macquarie University, Sydney.
- ACERETE GIL, B. (2006): “Aspectos Contables de las colaboraciones público- privadas”, *Presupuesto y Gasto Público* núm. 45, Madrid, págs. 199 y ss.
- AKITOBY, B, HEMMING R., Y SCHWARTS, G. (2007): “Inversión Pública y Asociaciones Público-Privadas”, Fondo Monetario Internacional, Temas de Economía 40
- ALLARD G., TRABANT A., *Public-Private Partnerships in Spain: Lessons and Opportunities*, IE Business School Working Paper, WP10-07, 10-07-2007, Instituto de Empresas Business School, M^a de Molina 11, 13, 15 28006 Madrid.
- ALLEN, G. (2001): *The Private Finance Initiative (PFI)*, Research Paper No. 01/117, Economic Policy and Statistics Section, House of Commons Library, London.
- ALONSO GARCÍA R. (2000): “Actividad judicial v. inactividad normativa (El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas frente al déficit normativo de las Instituciones y de los Estados miembros)”, *RAP*, núm. 151.
- ANUARIO DE LA MOVILIDAD (2007): RACC, Barcelona pp. 176-177.

ANUARIO DE LA MOVILIDAD (2008): RACC, Barcelona pp. 128-129.

ARANA GARCÍA E. (2003): “*El transporte público de viajeros por carretera en la Unión Europea: el progresivo camino hacia la liberalización del sector*”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 216.

ARROYO ABAD C. (2008): “*La política común de transportes: origen y evolución en Europa del transporte público por carretera*”, *Anuario jurídico y económico escuriatense*, núm. 41.

AUGENBLICK, M., y CUSTER, B. S. (1990): *The Build Operate and Transfer (BOT) Approach to Infrastructure Projects in Developing Countries*, Policy, Research and External Affairs Working Papers, WPS498, The World Bank, August. CARROL, P. y STEANNE, P. *Public-Private Partnerships: Sectorial Perspectives*, en OSBORNE, S. (ed.) (2000): *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, London, pp. 36-56.

AVILÉS-BURGOS R. (1999): *Evaluación del Puente Teodoro Moscoso sobre la Laguna San José como proyecto de Privatización en cuanto a su financiamiento*, Tesis Doctoral, Universidad de Puerto Rico.

BELLOD REDONDO, J.F. (2011): “*Techo de gasto y estabilidad presupuestaria*”, *Presupuesto y Gasto Público 65/2011*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 97-110.

BORJA COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, “*Los orígenes remotos del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*”, *Noticias Jurídicas*, Febrero 2010.

- BOUSQUET F., FAYARD A., *Road Infrastructure Concession Practice in Europe*, September 2001, pág. 27.
- CABRAL MUNÁRRIZ, M., “*El Nuevo Marco Jurídico de Alianzas Público Privadas en Puerto Rico: ¿Mosaico Jurídico o Alianzas Sui Generis?*”, *Revista Jurídica U.I.P.R.*, Volumen 44, Número 3, Agosto-Mayo 2009-2010, 44 Rev. U. Inter. P.R. 231 (2010).
- CARRERAS, A. y TAFUNELL, X. (1993): “*La Gran Empresa en España (1917-1974), Una primera aproximación*”, *Revista de Historia Industrial*, 3.
- CASCALES MORENO, J.F. (2009): “*Medio siglo de política común de transportes*”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 290.
- CAVALLIER, G. (1998): *Challenges for Urban Governance in the European Unión*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin.
- CHINCHILLA-MARÍN, C. (2006): “*El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132, págs. 609-644.
- (2009): “*El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)*”, *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, coord. Jesús Colas Tenas y Manuel Medina Guerrero, ISBN 978-84-613-0017-4, págs. 453-488.
- CLARK, G.L. y ROOT, A. (1999): “*Infrastructure Shortfall in United Kingdom: The Private Finance Initiative and Government Policy*,” *Political Geography*, vol.18, nº 3, March, pp. 341-365.

- CLARK, B. y NORRIS, S. (1999): “*Euro Procurement*”, *Supply Management*, 42.
- COASE, R. (1937): “*The Nature of the Firm*,” *Económica*, vol. 4, nº 16, pp. 386-405, traducción española en COASE, R. (1994): *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Editorial, Madrid.
- CROCKER, K y MASTEN, S. (1996): “*Regulation and Administered Contracts Revisited: Lessons from Transaction-cost Economics for Public Utility Regulation*”, *Journal of Regulatory Economics*, vol. 9, nº 1, pp. 5-40.
- CRUZ-FERRER de la, J. (2002): *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid.
- (2000): “*Hacia un nuevo modelo de transporte terrestre de viajeros*”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, Nº 2y 3/2000.
- CRUZ FERRER de la, J., y ONEGA CARRIÓN, N. (2001): “*Financiación y Gestión Público-Privada de Transportes: Experiencia de la “Iniciativa de Financiación Privada” en el Reino Unido*”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, 2 y 3, págs. 471-486.
- DÍAZ CORRAL, P. (2001): “*Estudio de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria en cuanto a su aplicación en las entidades locales*”, *Revista de Estudios Locales*, núm. 49, págs. 39-49.
- ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE, COMMITTEE FOR TRADE, INDUSTRY AND ENTERPRISE DEVELOPMENT, *Working Paper on International Legal and Commercial Practice Governance in Public Private*

Partnerships for Infrastructure Development (Draft), (WP. 5), October 2005.

ENGEL, E., FISCHER, R., y GALETOVIC, A. (2003): *Soft Budgets and Highway Franchising*, 4th Annual Latin America Conference of Infrastructure and Resources, Stanford Centre for International Development and Stanford Institute for Economic Policy Research.

ESTACHE, A. y DE RUS, G. (2000): *Privatization and Regulation of Transport Infrastructure, Guidelines for Policymakers and Regulators*, World Bank Institute Development Studies, Washington D. C.

ESTACHE, A., JUAN, E., TRUJILLO, L. (2007): “*Public-Private Partnerships in Transport*”, Policy Research Working Paper No. 4436, The World Bank, December 2007.

EUROSTAT, “*Long Term Contracts Between Government Units and Non-Government Partners*”.

FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. (1995), “*Ideas para una aplicación más eficiente del Derecho de la Competencia en España*”, Estudio preliminar al libro Cases Pallarés.

– (2000): *La Competencia*, Alianza Editorial, Madrid.

FERNÁNDEZ FARRERES G. (2004): “*Los transportes por carretera y competencia*”, *Transportes y competencia*, Thomson-Civitas, Madrid.

FOWLER, A. (1997): *Striking a Balance: A Guide to Enhancing the Effectiveness of NGO's*, Earthscan, London

FUERTES-FERNÁNDEZ, A. (2015): *Fundamentos del Contrato de Colaboración Público-Privada*, Editorial Círculo Rojo.

GÓMEZ FERRER MORANT, R.: “*El problema de la financiación de las obras públicas: las sucesivas modificaciones de la LCAP 13/1995, de 18 de mayo, con especial referencia a la financiación mediante concesión de dominio público*”, *Comentarios de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, op. cit, pp. 793 y ss.

- (2003): “*El contrato de concesión de obras públicas: disposiciones generales*”, en la obra colectiva dirigida por él mismo *Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª Ed. Madrid, pp 1085 y ss.

GÓMEZ-IBÁÑEZ, J. (2003): *Regulating Infrastructure, Monopoly Contracts and Discretion*, Harvard University Press, Cambridge: MA-London.

GÓMEZ-IBÁÑEZ, J y MEYER J. R. (1993): *Going Private, The International Experience with Transport Privatization*, The Bookings Institution, Washington D.C.

GONZÁLEZ, M. J. (1994): *¿A dónde va el sector público?: del Estado del Bienestar al Bienestar con menos Estado*, Informes del Instituto de Estudios y Análisis Económicos, Ministerio de Economía y Hacienda.

GONZÁLEZ-GARCÍA, J. (2010): *Colaboración Público-Privada e Infraestructuras de Transporte*, Marcial Pons.

- (2006): “*El Contrato de Colaboración Público-Privada*”, *Revista de Administración Pública*, núm. 170, Madrid, Mayo-Agosto.

- (2007): *Financiación de Infraestructuras Públicas y Estabilidad Presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GREVE, C. y EJERSBO, N. (2002): *When Public-Private Partnerships Fail*, Nordisk Kommunalforskningskonference, Odense, November-December.

GROUT, P.A., (2005): *Value for Money Measurement in Public-Private Partnerships*, European Investment Bank Papers, vol. 10, nº. 2, pp. 32-56.

GUTCH, R. (1992): *Contracting Lessons from the US*, NCVO, London.

GUTIERREZ, ELÍAS R., *Evolución del Concepto de Concesión Aplicado a Puentes y Autopistas en Puerto Rico*, 11 de marzo de 2009.

GWILLIAM K. (1992): “*La política de transporte por carretera en la comunidad europea*”, *Economía y política del transporte en España y Europa*, Civitas, Madrid.

HALL, J. (1998): “*Private Opportunity, Public Benefit?*” *Fiscal Studies*, vol. 19, nº 2, Mayo, pp. 121-140.

HAMMAMI M., RUHASHYANKIKO J., YEHOUE E., *Determinants of Public-Private Partnerships in Infrastructure*, International Monetary Fund Working Paper WP/06/99.

HANSMANN, H. (1980): “*The Role of Non-profit Enterprises*”, *Yale law Journal*, 89 (5), pp. 835-898.

- HATELY, L., *The Power of Partnerships*, en HATELY y MALHOTRA (eds) (1997): *Essay on Partnerships in Development*, North South Institute, Ottawa.
- HASTINGS, A. (1996): “Unravelling the Process of partnerships in urban Regeneration Policy”, *Urban Studies* 33, pp. 253-68.
- HERCE J.A. y DE RUS G (1995): *La regulación de los transportes en España*, Civitas, Madrid.
- HERRANZ EMBID, P., (2005): “Régimen general de las obras públicas”, dentro de la obra colectiva dirigida por González García, J., *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 756-757.
- HM TREASURY UK (2003): *PFI: Meeting the Investment Challenge*, The Stationary Office, July.
- (1997): *Partnerships for Prosperity*, Private Finance Taskforce, London.
 - (2000): *Public-Private Partnerships: the Government's Approach*, The Stationery Office, London.
 - (1994): *Private Finance: Overview of progress*, News release 118/94, 8 November.
- HOBBS, T. (1651): *Leviathan*, Collier Books, New York.
- HOLLAND, R., C. *The New Era in Public-Private Partnerships*, en PORTER, P. Y SWEET, D., Ed. (1984): *Rebuilding America's Cities: Roads to Recovery*, Center for Urban Policy Research, New Brunswick.

- HOLLIDAY, MARCOU y VICKERMAN, *The Channel Tunnel. Public policy, regional development and European integration*, Londres, 1991, págs. 16 y 17.
- HUXHAN, C., (1996): (a) *Creating Collaborative Advantage*, Sage, London.
- (1996): (b) “*Advantage or Inertia: Making Collaboration Work*”, en PATON, R., CLARK, G., JONES, G., LEWIS, J., y QUINTAS, P., (eds.) *The New Management Reader*, Routledge, London, pp. 238-54.
- HUXHAN, C., y MACDONALD, D. (1992): “*Introducing Collaborative Advantage: Achieving Inter-Organizational Effectiveness through meta-strategy*”, *Management Decision* 30, pp. 50-6.
- HUXHAN, C. y VANGEN, S. *What Makes Partnerships Work?*, en OSBORNE, S.P., (ed.) (2000): *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, London, pp. 293-310.
- INFORME POSITIVO CONJUNTO SOBRE EL PROYECTO DEL SENADO 469, Comisión de Desarrollo Económico y Planificación; y de Hacienda, 1ra Sesión Ordinaria, 16ta Asamblea Legislativa, Senado de Puerto Rico, Estado Libre Asociado de Puerto Rico, 4 de mayo de 2009.
- IRWIN, T., KLEIN, M., PERRY, G. E. y THOBANI, M. (1999): “*Managing Government Exposure to Private Infrastructure Risks*”, *The World Bank Research Observer*, vol. 14, nº 2, August, pp. 229-245.
- IZQUIRDO LLANES, G. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M.J. (2004): “*Regulación y competencia en el sector de transportes en España*”, *Transportes y Competencia*, Thomson Civitas, Madrid.

- JACOBSON, C.D. y TARR, J.A. (1985): *Ownership and Financing of Infrastructure: An Historical Perspective*, Policy Research Working Papers, WSP 1466, The World Bank, Washington DC, June.
- JENNINGS, E., T., y KRANE, D. (1994): “*Coordination and Welfare Reform: The Quest for the Philosophers stone*”, *Public Administration Review*, 54, pp. 341-8.
- KLEIN, M. (1998): *Bidding for Concessions*, World Bank Policy Research Working Papers, n° 1957, The World Bank, August.
- KLEIN, B., CRAWFORD, R y ALCHAIN, A. (1978): “*Vertical Integration, Appropriable Rents and the Competitive Contracting Process*”, *Journal of Law and Economics*, vol. 21, pp. 297-326.
- KLIJN, E. H. y TEISMAN, G.R. *Governing Public-Private Partnerships*, en OSBORNE, S. (ed.) (2000): *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, London, pp. 84-102.
- LAWTHER, W.C. (2002): *Contracting for the 21st Century: A Partnership Model*, the PricewaterhouseCoopers Endowment for the Business of Government, Arlington.
- LEÓN OROSCO, C., (2008): “*El contrato internacional de ingeniería. A propósito del caso Eurotúnel*”, *Revista e- Mercatoría*, Volumen 7, Numero 3, Perú.
- LEVY S. (2011): *Public-Private Partnerships, Case studies on Infrastructure Development*, American Society of Civil Engineers, ASCE Press.

- LINDER, S. (1999): “*Coming to Terms with Public-Private Partnerships: A Grammar of Multiple Meanings*”, *American Behavioral Scientist*, vol. 43, nº1, pp. 35-51.
- LINDER, S. y ROSENAU-VAILLANCOURT, P. (2000): *Mapping the Terrain of the Public-Private Policy Partnerships*, MIT Press, Massachusetts.
- LYONS, S. T. y HAMLIN, R. E. (1991): *Creating an Economic Development Action Plan*, Praeger, New York.
- MAMBRILLA RIVERA V. (2002): “*Transportes*”, *Políticas comunitarias*, Lex Nova-Instituto de Estudios Europeos, Valladolid.
- MARTÍNEZ CALVO J “*Hacia la Construcción de un «Derecho Administrativo Financiable»*”. *Crónica del Caso MINTRA*” *Revista de Administración Pública* Núm. 167, Mayo/Agosto 2005, Madrid.
- MARTÍNEZ CORBERÓ X. “*La política común de transportes*” en J. Muns, *Lecturas de integración económica*. La Unión Europea.
- MACKINTOSH, M. (1992): “*Partnership: Issues of Policy and Negotiation*”, *Local Economy* 7, pp. 210-24.
- MALHOTRA, K. “*Something Nothing Words: Lessons in Partnerships from Southern Experience*”, en HATELY y MALHOTRA (eds) (1997): *Essays on Partnerships in Development*, North South Institute, Ottawa.
- MAPELLI ENRIQUE, *Régimen Jurídico del Transporte*, Ministerio de Justicia Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid 1987, pág. 17.

- McQUAID, R. W., *The Theory of Partnership*, en OSBORNE, S. (ed.) (2000): *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, London, pp. 9-35.
- MEGGINSON, W., L., y NETTER, J. (2003): *History and Methods of Privatization*, en PARKER y SAAL, *International Handbook on Privatization*, Edward Elgar, Cheltenham.
- MEYER, R. y GÓMEZ-IBÁÑEZ, J.A. (1981): *Transit and Cities*, Cambridge: Harvard University Press.
- MÍGUEZ MACHO, L. (2008): “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 175, enero-abril, págs. 157-215.
- MINGUEZ PRIETO, R. (2000): “La Financiación de las Infraestructuras de los Transportes Terrestres en España”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, 2 y 3, págs. 487-495.
- MONTESINOS JULVE, V. (2002): “La Reforma de la Ley General Presupuestaria en el marco de la estabilidad financiera: una reflexión desde la perspectiva de la contabilidad pública”, *Presupuesto y Gasto Público* núm. 30, págs. 53-60.
- MONTERO ELENA, C.M. (1996): *Empresa Pública y Privatización, en la Intervención Administrativa en la Economía*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- MOULTON, L. Y ANHEIER, H. K. *Public-Private Partnerships in the United States: Historical Patterns and Current Trends*, en OSBORNE,

S. (ed.) (2000): *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, London, pp. 105-119.

MCKEE MARTIN, EDWARDS NIGEL & ATUN RIFAT, *Public-Private Partnerships for Hospitals*, Bulletin of the World Health Organization, November 2006, 84(11).

MOHR, A. (2004): *Governance through Public-Private Partnerships: Gaining Efficiency at the Cost of Public Accountability?*, International Summer Academy on Technology Studies- Urban Infrastructure in Transition, Centre for the Study of Democracy, University of Westminster, London, pp. 235-258.

NATIONAL AUDIT OFFICE UK (NAO) (2001): *Managing the Relationships to Secure a Successful Partnership in PFI Projects*, Report by the Comptroller and Auditor General, HC 375 Session 2001-2002: 29, London.

- (1998): *The Private Finance Initiative: The First Four Design, Build, Finance and Operate Road Contracts*, HC 476, London.

NATIONAL COUNCIL OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS (NCPPP) (2002): *For the Good of the People: Using Public-Private Partnerships to Meet America's Essential Needs*, White Paper by NCPPP, Washington.

NEVÁREZ-PAGÁN, E., “*Sin carreteras, no hay civilización: Los comienzos del desarrollo infraestructural de transporte terrestre en Puerto Rico y su impacto económico sobre las industrias de azúcar, café, tabaco y frutas durante el periodo de 1916-1928*”, Universidad de Puerto Rico, academia.edu, Recinto de Río Piedras, 2014.

ORDÓÑEZ SOLÍS “*La liberalización y el servicio público del transporte por carretera en la Unión Europea*”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 216 (2003).

PIÑANES LEAL, J. (1993): *Régimen jurídico del transporte por carretera (la nueva legislación del Estado autonómico y el derecho comunitario europeo)*, Marcial Pons, Madrid.

PLAN DE INFRAESTRUCTURAS, TRANSPORTE Y VIVIENDA (PITVI) 2012-2024, “*Documento Para Presentación Institucional y Participación Pública*”, del Ministerio de Fomento, S.E. de Infraestructuras, Transporte y Vivienda, Noviembre de 2013.

POLLITT, C. (1990): *Managerialism in the Public Sector: the Anglo-American experience*, Blackwell, Oxford.

POLLITT, M. G. (2000): *The Declining Role of the State in Infrastructure Investments in UK*, Judge Institute of Management Studies, University of Cambridge, Cambridge.

PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, 2da ed., Barcelona, Bosh, 1994, pág. 206.

REIG FABADO, I. (2008): “*Obras de infraestructura bajo financiación privada: la experiencia europea del proyecto Eurotúnel frente al proyecto argentino-boliviano del gasoducto*”, *Revista Bolivariana de Derecho*, N.º 6, págs. 133-154.

ROSS, K. y OSBORNE, S. (1999): “*Making a Reality of Community Governance. Structuring Government-Voluntary Sector Relationships at the Local Level*”, *Public Policy and Administration*, 14 (2), pp. 49-61.

RUDNICK GRAY, C., European PPP Report 2005, DLA Piper.

RUIZ OJEDA, A. (1993): “*El Eurotúnel: la Provisión y Financiación de Infraestructuras en Régimen de Concesión*”, *Revista de Administración Pública*, 132, sept.-dic., págs. 469-529.

RUIZ RODRÍGUEZ, J.M. (2008): *Transporte de mercancías por Carretera. Capacitación profesional*, Marge Books, Valencia.

SALAMON, L. (1996): *Partners in Public Service*, John Hopkins University Press.

SAVAS, E.S. (2000): *Privatization and Public-Private Partnerships*, Chatham House Publishers, New York.

SCOTT, B. (2001): “*The Great Divide in the Global Village*”, *Foreign Affairs* 80/1.

SOMMER ROSMARIE, ROSSER CYRILL, HINTERMANN FELIX, Inforesources Focus, No. 1/05.

STIGLITZ J. (2001): “*Hacia un nuevo consenso de “tercera vía”*” *El País* 9-5-2001.

TER-MINASSIAN T. (2006): *The Economics of Public-Private Partnerships*, Symposium of Agencies and Public-Private Partnerships, Madrid, July 5-7, 2006.

TEISMAN, G.R. y KLIJN, E-H., *Public-Private Partnerships in the European Unión*, en OSBORNE, S. (2000): *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, London, pp. 165-186.

- URBANO M., RUIZ RÚA P., SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, J.I. (2012). El sistema de transporte público en España: una perspectiva interregional. *Cuadernos de Economía*, vol. XXXI, núm. 58, julio-diciembre, 2012, pp. 195-228, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia.
- VALCÁRCEL-FERNANDEZ, P., *Régimen Jurídico del Transporte Terrestre de Mercancías y viajeros por carretera*, en RUIZ-OJEDA, A. (dir.) (2011): *Derecho de la Regulación Económica VI. Transportes*, Iustel.
- (2005): “La ordenación de las Redes Transeuropeas de Transporte. Alcance y delimitación en el derecho comunitario y español”, en *I Congreso Internacional sobre Transporte en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia.
 - (2002): *Contaminación acústica y desarrollo sostenible en el marco de la actividad aeroportuaria: ¿servidumbres acústicas en la lucha contra el ruido?* en *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*, Civitas, Madrid.
- VAN HAM, H. y KOPPENJAM, J. (2001): “Building Public-Private Partnerships”, *Public Management Review*, vol. 4. nº 1, 2001, pp. 593-616.
- VÉLEZ TORRES J., (2004): *Curso de Derecho Civil: Derecho de Contratos*, Tomo IV, Vol. II, Universidad Interamericana, Facultad de Derecho, San Juan, Puerto Rico.
- VILLAR ROJAS, F. J. (1993): *Privatización de Servicios Públicos*, Editorial Tecnos.
- WILLIAMSON, O. E. (1971): “The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations”, *American Economic Review* 61, pp. 112-123.
- (1979): “Transaction Costs Economics: The Governance of Contractual

Relations", *Journal of Law and Economics*, 22, n° 2, pp. 233-261.

RESUMEN

El sector de transporte terrestre es indispensable para un adecuado funcionamiento de la economía de un país. Por tanto, el desarrollo de dicha infraestructura y/o su mejoramiento es alta prioridad para los gobiernos. Dada la crisis fiscal, los gobiernos han identificado los acuerdos colaborativos con el sector privado como la alternativa para la provisión de autopistas, carreteras y puentes.

La regulación en el ámbito de la infraestructura de transporte tiene la particularidad de que la demanda depende o está sujeta a la actividad económica de una nación y por tanto, es un sector sensitivo a las fluctuaciones económicas de un mercado.

La CPP constituye un macro-concepto ya que no nos encontramos ante un concepto preciso y detallado, sino ante un género, una técnica de realización de actividades públicas, en la cual se agrupan otras figuras tradicionales y mecanismos novedosos de plantear las relaciones jurídicas y económicas entre las partes contratantes.

El contrato de concesión ha sido el vehículo históricamente utilizado para la provisión de infraestructura mediante acuerdos colaborativos entre el sector público y el privado. En términos generales se podría decir que el concepto concesión y CPP son equiparables en la medida en que son utilizados indistintamente aunque en la práctica algunos países establecen una distinción entre ambos conceptos.

En España, no fue hasta la aprobación de la vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que se reguló por primera vez el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Dicha legislación establece una distinción entre el contrato de concesión y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

En Puerto Rico, a través de la Ley 29 de 8 de junio de 2009, mejor conocida como la Ley de Alianzas Público-Privadas, se incorpora la visión amplia de la doctrina anglosajona ya que el Contrato de Alianza incluye cualquier acuerdo colaborativo entre el sector público y el sector privado. De igual manera se incorpora los principios de *value for money* y el *Public Sector Comparator* de la *PFI* como mecanismos preparatorios para determinar si el acuerdo colaborativo producirá un valor añadido y eficiencia.

En los acuerdos colaborativos entre el sector público y el sector privado para la provisión de autopistas, carreteras y puentes, es esencial una adecuada estimación del tráfico ya que la mayoría de las renegociaciones surgen por la sobreestimación del flujo vehicular. Para evitar lo anterior, se recomienda realizar estudios independientes de proyecciones de tráfico y la contratación de seguros que atiendan este tipo de riesgo.

ABSTRACT

In response to the fiscal crisis, countries all over the world are resorting to private participation in infrastructure development. The *Public-Private Partnerships (PPP)* contracts are no longer tied to a political philosophy since they have become a necessary vehicle to finance public services.

It is important to note that under no circumstances is the government allowed to abdicate its ministerial responsibilities. On the contrary, the government has to establish a solid and efficient governmental structure capable of supervising compliance with the terms agreed in the PPP. The governmental stability works as an incentive for private investment. Therefore, the government's role should evolve from being the provider to being the regulator.

A *PPP* is considered a long term agreement between the public and the private sector. Both parties complement each other in order to achieve their respective goals. The *PPP* is a contract in which the parties agree to renegotiate the terms of an agreement as a way of addressing conflicts that may arise during the life of the contract. In other words, given that the contract is expected to last for a long period of time, the parties agree to establish the rules that would apply in the event of a change in the circumstances originally present at the time the contract was signed.

The general perception that through a *PPP*, the private sector has to assume the totality of the risk has been proven wrong. The risks of the project are to be shared among the parties taking into account their capability of control over said risk. This assessment requires a cost-effective analysis in order to determine the financial resources available to the parties and the economic feasibility of the

project. In order to make this assessment, the *United Kingdom's* mechanisms of the Public Sector Comparator and the value for money are used.

The concept of Public-Private Partnerships has evolved differently in countries worldwide. In common law systems the concept is very ample and includes basically any type of agreement between the public and the private sector. On the contrary, in civil law systems such as Europe and in Latin America, the concept is more limited.

The type of contract most commonly utilized for PPP is the concession. As such, in general terms we can say that the term concession and PPP are the same. However, in practice some countries consider them two different types of contracts.

On October 30, 2007, Spain recognized for the first time the PPP contract as a formal contract. This law makes a distinction between a concession and a PPP. In Puerto Rico, the PPP contracts were officially recognized on June 8, 2009. This law adopted the common law version of the PPP since it includes basically any type of agreement between the public and the private sector. It also includes the principles of value for money and Public Sector Comparator.

When using a PPP in the development or improvement of highways, roads, and tunnels; it is important to determine the economic viability of the project since not all the roads are adequate for this type of agreement. Second, it is necessary to conduct an independent study to estimate the traffic flow given that one of the primary reasons for the renegotiation of PPP contracts is the overestimation of traffic.